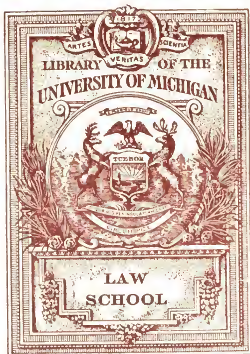
image
not
available






1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW
SCHOOL

# Württembergisches Archiv

für

# Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

---

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel

und

Dr. E. O. C. v. Sarwey.

---

Sechszehnter Band.

Stuttgart.

1874.

Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.

In Kommission bei H. Lindemann.

# Inhaltsübersicht

des sechszehnten Bandes.

## Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.



## Fragmente.

## I. Obertribunal.

### Civilrecht.

## Handelsrecht.



## Versicherungsrecht.



## Civilrecht; Nachtrag.



# II. Landes-Oberhandelsgericht.

## Handelsrecht.

## Wechselrecht.



## Prozeß.



## Literarische Mittheilungen.

# I.

# Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

## Zur Lehre von der Abrechnung.

(Von Herrn Kreisrichter Stahl in Rottweil.)

I. Daß die Abrechnung, als dasjenige Rechtsgeschäft, vermittelst dessen die Betheiligten ihre gegenseitigen Forderungen in den zusammentreffenden Summen gegen einander aufheben[1] und die dem Einen oder Andern zur Last bleibende Summe als nunmehrigen Schuldbetrag feststellen, einen selbstständigen Schuld- und Klagegrund bilde, ist heutzutage allgemein anerkannt.

Es ist gerade eine Hauptwirkung der Abrechnung, daß sie den Gläubiger der Verpflichtung überhebt, die einzelnen früheren Forderungen des Näheren darzulegen; streitig dagegen ist, ob zur Begründung der Klage aus der Abrechnung nicht die irgend wie deutliche Bezeichnung des Gebiets, über welche sich die Abrechnung erstreckte (z. B. alle gegenseitigen Ansprüche, oder Forderungen aus Viehkäufen, aus Darlehen u. s. w.) erforderlich ist; Gründe des positiven Rechts, und insbesondere die dringendsten Rücksichten auf die Rechtssicherheit sprechen für diese An=

---

[1] Beziehungsweise ihre Forderungen einerseits und Zahlungen andererseits in der zusammentreffenden Summe als getilgt erklären. Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund. II. Auflage S. 238, 239. Regelsberger im civilistischen Archiv Bd. 47. S. 155—156.

sicht, welche eine Reihe der höchsten Gerichte befolgen[2], während andere[3] Gerichte von jenem Erforderniſſe abſehen, und überhaupt die Anführung, miteinander abgerechnet zu haben, für genügend halten; doch will ich auf dieſe, die Angabe der causa betreffende Streitfrage, die ich an einem anderen Orte[4] des Näheren erörterte, hier nicht eingehen.

II. Als das Rechtsmittel zur Anfechtung einer ſtattgefundenen Abrechnung wird gewöhnlich[5] ſowohl bezüglich der dabei verrechneten, als der dabei außer Acht gelaſſenen Poſten die condictio indebiti bezeichnet. Es dürften aber zunächſt folgende regelmäßige Hauptfälle zu unterſcheiden ſein:

Der Abrechnungsgläubiger (d. h. der aus Abrechnung ein Guthaben erwarb) beziehungsweiſe der Abrechnungsſchuldner hat bei der Abrechnung

1. eine Forderung des Anderen, die nicht zu Recht beſteht, anerkannt;
2. eine eigene zu Recht beſtehende Forderung
   a. trotzdem ſie in die Abrechnungsſphäre gehörte, nicht zur Sprache gebracht,
   b. zwar zur Sprache gebracht, aber dann hierauf verzichtet.

Zu 1. ſteht dem Abrechnungsgläubiger, der bei der Abrechnung irrthümlich eine nicht zu Recht beſtehende Schuld des Andern anerkannte, unzweifelhaft die condictio

---

[2] Seuffert's Archiv III. Nr. 105 (Darmſtadt) XI. Nr. 123 (Wiesbaden) XXV. Nr. 15 (Celle).

[3] Seufferts Archiv VII. Nr. 246 (Caſſel) XIII. Nr. 247 (Stuttgart) XXI. Nr. 31 (Nürnberg).

[4] Civiliſtiſches Archiv Bd. 54 S. 285 fgde., beſonders S. 301 fgde.

[5] Bähr l. c. II. Aufl. S. 240. 243. Regelsberger im civiliſt. Archiv Bd. 47 S. 164. 168. 177. Seuffert Archiv XV. Nr. 194. (Dresden); Württ. Archiv Bd. XII. S. 427 u. die Citate in der Note (Stuttgart).

indebiti, beziehungsweise die letzterer entsprechende Einrede zu; denn er hat ja alsdann in der irrigen Meinung, dem Andern die betreffende Summe zu schulden, diese Summe zwar nicht direkt gezahlt, wohl aber ihm einen Vermögensvortheil im gleichen Betrage dadurch zugewendet, daß er ihn im Wege der Kompensation von einer ihm, dem Abrechnungsgläubiger zustehenden gleichwerthigen Gegenforderung befreite; er kann daher ohne weiteres diesen dem Anderen indebite zugekommenen Betrag nach den Grundsätzen der condictio indebiti [6] zurückverlangen, und wird so das gleiche Resultat hergestellt, das die Abrechnung ohne den Irrthum gehabt haben würde. Unrichtig ist es daher, wenn Holzschuher [7] alle Einwendungen, womit die Richtigkeit der einzelnen unter der Abrechnung begriffenen Posten, die ihnen zu Grunde liegenden Thatsachen, und die angesetzten Beträge bestritten werden wollen, durch das in der Schuldurkunde ausgesprochene Bekenntniß als ausgeschlossen betrachtet, und nur bezüglich der gesetzlich reprobirten und der rechtsungiltigen Forderungen eine Ausnahme machen will; diese Ansicht verstoßt unmittelbar gegen das der Billigkeit und den Intentionen der Parteien durchaus entsprechende Institut der condictio indebiti, und der von Holzschuher dafür angeführte Grund, daß ja sonst das ganze Geschäft — Feststellung der Forderungen und Gegenforderungen — ohne alle rechtliche Wirksamkeit wäre, ist, abgesehen davon, daß er auch die zugelassenen Ausnahmen ausschließen würde, thatsächlich unrichtig, da ja die Abrechnung im Ganzen bestehen bleibt und nur der einzelne irrthümlich anerkannte Betrag gegenüber der Abrechnung im Wege der condictio indebiti nachträglich zur Geltung gebracht wird [8]. Bei dieser Gelegenheit sei auch schon darauf aufmerksam gemacht, daß zur Anfechtung einer

---

[6] Arndt's Pandekten §. 341.

[7] Theorie und Casuistik III. S. 954—955.

[8] Regelsberger l. c. S. 167.

Abrechnung wegen reprobirter, beziehungsweise richtiger Forderungen die condictio ob turpem causam, beziehungsweise sine causa als konkurrirendes Rechtsmittel gebraucht werden kann.

Zu 2) a: Bezieht sich die Abrechnung auf ein bestimmt erkennbares Gebiet von Schuldverhältnissen, z. B. auf einen gemeinsam betriebenen Weinhandel, und behauptet der Abrechnungsgläubiger, daß er eine ihm zustehende, jenem Gebiete angehörige Forderung irrthümlicherweise bei der Abrechnung nicht zur Sprache gebracht habe, und berechtigt sei, dieselbe nachträglich geltend zu machen, so ist so viel klar, daß ihn die Beweislast der Nichtberücksichtigung der betreffenden Forderung trifft; denn indem die Abrechnung als eine solche sich äußerlich darstellt und ankündigt, die sämmtliche in das bestimmte Gebiet gehörige Schuldverhältnisse umfaßt habe, ist damit von selbst schon erwiesen, daß sie auch die einen Theil derselben bildende neue Forderung in sich aufgenommen gehabt habe; ihre Nichtberücksichtigung, ihr außer Acht lassen würde eine Unvollkommenheit und Mangelhaftigkeit des vorgekommenen Rechtsgeschäftes involviren, wogegen aber die Vermuthung streitet [9]. Es ist aber weiter zu bemerken: indem die Parteien feststellten, daß als Resultat ihrer auf ein bestimmtes Gebiet von Schuldverhältnissen sich beziehenden Abrechnung das und das Restguthaben des einen Theils sich ergeben habe, liegt darin mit Nothwendigkeit eine Willenseinigung dahin, daß sämmtliche in die Abrechnungssphäre fallende Forderungen des Abrechnungsschuldners durch Wettschlagung getilgt sein, und andrerseits dem Abrechnungsgläubiger aus dem ganzen Abrechnungsverhältniß kein höheres Guthaben, als im Betrage des bei der Abrechnung festgesetzten Saldo's zustehen solle [10]. Diese so bezeichnete Willenseinigung, mit andern Worten die libe-

---

[9] Wächter, Württ. Privat-Recht II. S. 451.

[10] Bähr l. c. S. 242; Regelsberger l. c. S. 175—177; Seuffert, Archiv XV. Nr. 194.

ratorische Wirkung des Abrechnungsgeschäfts wird durch die Behauptung und den Nachweis, daß eine gewisse zur Abrechnungssphäre gehörende Forderung bei der Abrechnung nicht berücksichtigt worden, an sich noch nicht wirkungslos gemacht, was sofort für den Fall erhellt, wenn der Abrechnungsgläubiger eine derartige Forderung bei der Abrechnung wissentlich und absichtlich nicht zur Sprache gebracht hätte; denn hier würde ihrer nachträglichen Geltendmachung besagte Willenseinigung ungeschwächt entgegenstehen; es bedarf vielmehr der Behauptung, beziehungsweise des Nachweises eines besonderen im Gesetze anerkannten Mangels der betreffenden Willenseinigung, um letztere zu beseitigen und der neuen Forderung Platz zu verschaffen; und dieser Mangel wird gerade in dem Nichteintreffen der Voraussetzung bestehen, unter der die Abrechnung mit ihrer liberatorischen Wirkung zu Stande kam, indem alsdann die condictio sine causa, beziehungsweise die ihr entsprechende exceptio, replica etc. doli Platz greift[11]. Es liegt nämlich für das bindende Zustandekommen der auf ein bestimmtes Gebiet sich beziehenden Abrechnung die Voraussetzung beider Partieen, daß sie sich auch wirklich hiebei aller in die Abrechnungssphäre fallender Forderungen bewußt gewesen seien, so sehr in der Natur der Sache, und ist aus der Absicht der Kontrahenten, das ganze Verhältniß zu bereinigen, so deutlich erkennbar, daß es eines besonderen Ausdrucks dieser Voraussetzung gar nicht bedarf;[12] zeigt es sich daher nachträglich, daß jene Voraussetzung nicht zutraf, und demzufolge eine bestimmte Forderung unberücksichtigt geblieben ist, so kann der unter jener Voraussetzung dem Mitkontrahenten vertragsmäßig gewährte Vortheil, von weiteren Forderungen befreit worden zu sein, und sich zu ihrer Beseitigung schlechtweg auf den

[11] Windscheid Pandekten I. §. 97, besonders bei Note 4; II. §. 423, 3 b.

[12] Windscheid l. c. I. S. 253.

Abrechnungsvertrag berufen zu können, als grundlos zugekommen, mit der condictio sine causa zurückverlangt werden, was sich eben durch die Entkräftung der aus dem Abrechnungsvertrag hergeleiteten Einrede vollzieht. Es gehört mithin zur Geltendmachung einer neuen Forderung gegenüber dem Abrechnungsvertrag die Behauptung, beziehungsweise der Nachweis, daß diese neue Forderung in Folge mangelnden Bewußtseins darüber, daß sie zur Abrechnungssphäre gehöre, also sei es weil man gerade nicht an sie dachte, oder weil man sie irrigerweise als nicht in den Kreis der Abrechnung fallend ansah (nicht aber, weil man an ihrem rechtlichen Bestande irrigerweise zweifelte u. s. w., während man wohl wußte, daß sie zur Abrechnungssphäre gehöre), [13] bei der Abrechnung nicht zur Sprache gebracht worden sei; allerdings wird, wenn nur einmal der Nachweis der Nichtberücksichtigung geliefert ist, jener Irrthum regelmäßig zu präsumiren sein, indem kaum anzunehmen ist, es werde jemand absichtlich eine zur Abrechnungssphäre gehörige Forderung nicht zur Geltung gebracht haben, aber immerhin gehört die Behauptung des Irrthums hier zur Fundirung des genannten Rechtsmittels; auch kann es wohl vorkommen, daß aus dem eigenen Vorbringen des Condicirenden erhellt, wie derselbe sich unmöglich im Irrthum befunden haben konnte, und wäre derselbe dann ohne weiteres wegen mangelnder Schlüssigkeit der seinem Anspruch zu Grunde gelegten Thatsachen zurückzuweisen. [14] — Hiebei kann dahingestellt

[13] Die Voraussetzung auch auf solche Fälle zu erstrecken, würde zu weit führen, und auch mit dem Zweck des Abrechnungsgeschäfts geradezu im Widerspruch stehen.

[14] Vergl. auch Seuffert's Archiv IV. Nr. 220; hier hatte der Kläger zur Motivirung des Aufrechnungsnachtrags vorgebracht, daß er die neue Forderung absichtlich und zwar in der Voraussetzung früher nicht aufgerechnet habe, es werde die erste Abrechnung im ganzen Umfange anerkannt werden. Die Klage wurde abgewiesen, weil nicht eine unbedachte Auslassung oder ein wirklicher Irrthum der Nichtaufrechnung zu Grunde

bleiben, ob die Beachtung des charakterisirten Irrthums nicht durch die heutzutage alle Verträge beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben (bona fides) gerechtfertigt sei; jedenfalls bedurfte es einer besonderen gesetzlichen Stütze für seine Beachtung, da der Irrthum nicht ohne weiteres und in allen Fällen als Anfechtungsgrund anerkannt ist.

Die befreiende Wirkung der Abrechnung kann einen speziellen Ausdruck in letzterer erhalten, z. B. die Parteien bescheinigen, daß ihnen anderweitige Forderungen und Gegenforderungen nicht zustehen, oder erklären, daß hiemit ihr gegenseitiges Verhältniß in der betreffenden Richtung bereinigt sei; eine solche Clausel hat, als in der Abrechnung schon stillschweigend enthalten, für sich keine weitere rechtliche Folge; eben dies wird aber auch zutreffen, wenn die eine oder andere Partei oder beide geradezu auf weitere Forderungen, auf Nachforderungen verzichten; denn wenn schon überhaupt Verzichte in den möglichst engsten Grenzen zu verstehen sind, so müssen insbesondere Verzichte von allgemeinem Umfange auf das Gebiet des wirklich und augenscheinlich Gewollten beschränkt werden;[15] so lange daher nicht erhellt, daß die Parteien den Fall, daß Forderungen übersehen worden sein sollten, ausdrücklich ins Auge gefaßt haben, und gerade auch für diesen Fall den Verzicht aussprechen wollten, wird man in jenem Verzicht blos einen prägnanten Ausdruck der Ueberzeugung, daß die Abrechnung eine vollständige sei, und alles zu ihr gehörige umfaßt habe, erblicken dürfen; er kann demnach, als nach der wahrscheinlichen Intention der Parteien, nur unter der Voraussetzung der Unmangelhaftigkeit des Abrechnungsgeschäfts erklärt, beim Nichtzutreffen der Voraussetzung nicht schaden.

---

gelegen sei (und überdies auf ein bloßes in mente propositum nichts ankommen könne).

[15] Bähr l. c. S. 242 bei Not. 5; Sintenis Civilrecht I. S. 222–223 u. Anm. 20—22.

Keiner weiteren Ausführung bedarf es nach dem Vorstehenden, daß für den hervorgehobenen Fall nicht die condictio indebiti, beziehungsweise die ihr entsprechende Replik das geeignete Rechtsmittel zur Entkräftung der vorgeschützten Abrechnung wäre; denn der Abrechnungsgläubiger hatte nicht ein indebitum bezahlt oder anerkannt; die Forderungen des Anderen, die er anerkannte, und gegen die er seine eigenen im konkurrirenden Betrage compensando aufgab, bestanden durchaus zu Recht; und es war nicht die irrthümliche Anerkennung einer Schuld des Mitkontrahenten, sondern ein anderweitiges Versehen, was ihn um die wirksame Berücksichtigung der nachträglich geltend gemachten Forderung bei der Abrechnung selber gebracht hatte.

ad 2b. Hat der Abrechnungsgläubiger bei der Abrechnung auf eine zur Sprache gebrachte eigene Forderung verzichtet, so kann es ihm nichts helfen, wenn er auch nachweist, daß er sich bei Erklärung jenes Verzichts im Irrthum betreffs des rechtlichen Bestands jener Forderung befunden haben sollte. Denn ein derartiger Irrthum (Irrthum in den Motiven) wird regelmäßig nicht beachtet; und findet insbesondere eine in integrum restitutio wegen Irrthums in einem solchen Falle nicht statt.[16] Ebensowenig könnte von einer Anfechtung des Verzichts wegen ermangelnder Voraussetzung die Rede sein, so lange nicht eine solche Voraussetzung ausdrücklich erklärt wurde, oder aus den begleitenden Umständen deutlich erhellt; wollte der Verzichtende für den Fall, daß es sich später herausstellen sollte, daß die Forderung doch zu Recht bestehe, sich das Zurückkommen auf die Forderung offen erhalten, so mußte er einen derartigen Vorbehalt um so mehr ausdrücken, als der Verzicht den Gegner leicht veranlassen konnte, seine Gegenbeweismittel gerade im Vertrauen auf denselben zu

[16] **Wächter, württ. Privatrecht II. S. 754. S. 843. S. 845—846.**

zerstören. — Daß der Verzicht, wenn er sonst an einem gesetzlichen Mangel leidet, z. B. wegen dolus anfechtbar ist, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst.

Das ad 1 und 2 Ausgeführte gilt auch gleichmäßig für den Abrechnungsschuldner; nur konkurrirt für letzteren im Falle von 2a auch das Rechtsmittel der condictio indebiti, indem er alsdann eine Gegenforderung, die er durch Kompensation mit der (vergessenen) eigenen Forderung hätte zerstören können, und in Folge dessen eine um diesen Betrag zu hohe Restschuldigkeit irrigerweise anerkannt hatte, und die condictio indebiti auch bei einem in der irrigen Meinung, dazu verpflichtet zu sein, abgelegten Schuldversprechen platzgreift; diese elektive Konkurrenz der condictio sine causa und der condictio indebiti kann insbesondere dann wichtig werden, wenn man die Ansicht theilt, daß letzteres Rechtsmittel nur bei entschuldbarem Irrthum statthaft ist, und andrerseits wieder bezüglich der Richtung des Irrthums,[18] insofern letzterer bei der condictio indebiti in ausgedehntem Maße geltend gemacht werden kann.

Die bisher erörterten Fälle der Anfechtung einer stattgefundenen Abrechnung erschöpfen aber die Anfechtungsgründe durchaus nicht; man denke nur z. B. an die Einrede des Betrugs, des wesentlichen Irrthums, der Dispositionsunfähigkeit, des Zwangs u. s. w. In dieser Beziehung ist eben einfach daran festzuhalten, daß, da der Abrechnungsvertrag eine Species der Schuldverträge überhaupt darstellt, auch auf ihn die für Schuldverträge im Allgemeinen festgesetzten Bestimmungen betreffs ihrer Giltigkeit, Anfechtbarkeit und Aufhebung anwendbar sind; wie daher jedes Schuldversprechen wegen irrthümlicher Voraussetzung einer Schuld mit der exceptio indebiti, wegen Zwangs mit der exceptio metus angefochten werden

---

[17] Arndt's Pand. §. 341, bei Not. f.

[18] S. oben Anm. 13.

kann, so auch der Abrechnungsvertrag, u. s. w. Da übrigens die auf die Giltigkeit und Anfechtbarkeit der Schuldverträge überhaupt sich beziehenden Einreden bei der in der Zuwendung eines Forderungsrechts liegenden Repräsentation einer vermögensrechtlichen Leistung sich sämmtlich unter den Gesichtspunkt der Rückforderung einer Leistung wegen ungehöriger Bereicherung naturgemäß bringen lassen, so kann man auch geradezu sagen, daß die Kontrahenten einen Abrechnungsvertrag dann als ungiltig, beziehungsweise rescissibel zu behandeln berechtigt sind, wenn die Voraussetzungen einer der im Gesetze anerkannten Condictionen (Rückforderungen einer Leistung wegen ungehöriger Bereicherung) vorhanden sind.[19]

III. Würde man in der Abrechnung zugleich eine Novation zu erblicken haben, so wäre die Folge, daß sämmtliche Forderungen und Gegenforderungen, über die abgerechnet worden, aufgehoben und an deren Stelle das Guthaben des Abrechnungsgläubigers gesetzt worden wäre, daß daher insbesondere die mit den früheren Forderungen verbundenen Vorzugsrechte (Pfänder, Bürgschaften) erloschen wären. Dagegen könnte auch eine mit einer Novation verbundene Abrechnung, eben weil auch die Novation eine Willenseinigung, einen Schuldvertrag (in einer besonderen Richtung) darstellt, aus den für Schuldverträge im Allgemeinen geltenden Gründen angefochten werden, daher z. B. mit der condictio indebiti,[20] condictio sine causa, sofern eben dann die Novation und das mit ihr verbundene Schuldversprechen, beziehungsweise der in ihr liegende Schuldtilgungsvertrag in irrthümlicher Voraussetzung von bestehenden Verpflichtungen, oder in irrthümlicher Voraussetzung, daß die Parteien sich aller in die Abrechnungssphäre fallender Forderungen bei der Abrechnung bewußt

[19] Näheres hierüber s. im civilist. Archiv Band 54 S. 314 fgde.; S. 323.

[20] **Bähr** l. c. S. 241; **Arndt** l. c. §. 341. bei Not. f.; **Seuffert** Archiv X. Nr. 153.

gewesen u. dgl. so zu Stande gekommen ist, wie sie zu Stande kam; man beachte wohl, daß die gegen die früheren Forderungen zustehenden Einreden bei der Anfechtung der Abrechnung (sei letztere mit einer Novation verbunden oder nicht) immer nur deßwegen in Betracht kommen, weil durch ihre Existenz in Verbindung mit anderweitigen Umständen (Irrthum u. s. w.) das Abrechnungsgeschäft selbst in seinem Bestande ergriffen wird; die Novation tilgt allerdings die früheren Forderungen, und macht ein Zurückgreifen auf die früheren Verhältnisse unzulässig; allein diese Wirkung hat nur eine rite zu Stande gekommene Novation, und wollte man daher schon für die Entscheidung der Frage, ob sie rite zu Stande gekommen, das Zurückgreifen auf die früheren Vertragsverhältnisse verbieten, so läge hierin eine petitio principii, indem mit etwas, was erst die Folge einer unanfechtbaren Novation sein würde, der Möglichkeit ihrer Anfechtung selbst entgegengetreten werden würde. — Da nun nach anerkannten Rechtsgrundsätzen eine Novation nicht vermuthet wird, so kann auch in der Abrechnung eine Novation nur dann gefunden werden, wenn entweder ausdrücklich erklärt wurde, oder aus den Umständen (z. B. aus der gegenseitigen Zurückgabe der betreffenden Urkunden) unzweideutig hervorgeht, daß die Parteien das bisher bestandene Schuldverhältniß völlig aufgehoben, und an seine Stelle eine neue Obligation schaffen wollten; man könnte sich zwar versucht fühlen, eine derartige Absicht bei jeder Abrechnung als vorhanden anzunehmen, da es ja gerade der Zweck der Abrechnung ist, die gegenseitigen rechtlichen Beziehungen zu bereinigen, die oft so verwickelten Verhältnisse auf ein einfaches zurückzuführen und dadurch die Unsicherheit und Unbequemlichkeit für die Zukunft abzuschneiden; allein einerseits kann dieser Zweck auch erreicht werden ohne den Eintritt einer Novation (siehe nachher), und andererseits müßte es als dem Willen der Parteien im Zweifel geradezu widersprechend bezeichnet werden, wollte man, wie dies nothwendige Folge der Novation sein würde,

ohne weiteres sämmtliche mit den früheren Forderungen verbundene Vorzugsrechte in Folge der Abrechnung als aufgehoben betrachten. Man wird daher der Ansicht Bähr's,[21] daß in der Abrechnung im Zweifel eine Novation nicht anzunehmen ist, nur beipflichten können, und hat sich für diese Ansicht auch das K. Oberhandelsgericht in Stuttgart[22] seinerzeit ausgesprochen.

Wenn die Abrechnung aber auch eine Novation nicht enthält, so können jedenfalls die verrechneten Forderungen des Abrechnungs*schuldners* nachträglich nicht mehr geltend gemacht werden, vermöge des in der Abrechnung liegenden Kompensations (Aufrechnungs-) Vertrags, wonach sie sämmtlich durch Kompensation mit Forderungen des Abrechnungsgläubigers von gleicher Höhe getilgt wurden; die Forderungen des *Abrechnungsgläubigers* aber anlangend, so erscheint ein den verrechneten Forderungen des Abrechnungsschuldners gleichkommender Betrag gleichfalls als durch Kompensation getilgt; die Frage aber, welches im *einzelnen* diese kompensirten Forderungen des Abrechnungsgläubigers seien, wird sich bei mangelnder Uebereinkunft nach den Grundsätzen der Anrechnung einer *Zahlung* bei bestehenden mehreren Schulden des Zahlenden zu richten haben, da Kompensation gleich Zahlung wirkt, und es daher so anzusehen ist, als hätte der Abrechnungsschuldner mit einem seinen verrechneten Forderungen gleichkommenden baaren Geldbetrag dem Abrechnungsgläubiger, welchem er Forderungen von einem höheren Gesammtbetrag schuldete, theilweise Zahlung geleistet.[23] —

---

[21] l. c. S. 241; s. auch *Pfeiffer* prakt. Ausführungen VIII. S. 88; S. 46.

[22] Württ. Archiv X. S. 423.

[23] Anderer Meinung *Bähr* l. c. S. 242 Anm. 3; *Regelsberger* l. c. S. S. 166, 167, wornach für die Aufrechnung der älteren Forderung des Abrechnungsgläubigers regelmäßig zu präsumiren sei; allein ein gesetzlicher Anhaltspunkt fehlt hiefür, und steht dieser Ansicht das natürliche Interesse der Parteien an der

Diejenigen verrechneten, überhaupt bei der Abrechnung zur Sprache gekommenen Forderungen des Abrechnungsgläubigers aber, welche durch Kompensation oder sonstwie nicht getilgt erscheinen, bestehen nun zwar, im Falle eine Novation nicht vorliegt, trotz der Abrechnung fort; aber ihrer Geltendmachung als einzelner stünde die Einrede der stattgehabten Abrechnung regelmäßig entgegen, soferne es dem Willen der Abrechnenden widerspricht, und also dolos erscheint, Forderungsrechte, die gemäß der Abrechnung noch übrig bleiben, aber vermittelst der Abrechnung verwirklicht werden können, anders, als mit der Klage aus der Abrechnung zu verfolgen. Absicht der Parteien war es zweifellos, durch die Abrechnung die gegenseitigen, oft sehr verwickelten Beziehungen definitiv zu ordnen, und ihnen eine neue, einfache und um so sicherere Grundlage für die Zukunft zu verschaffen; dieses ganze Resultat wäre aber in Frage gestellt, und das oft so mühsame Geschäft der Abrechnung umgangen und vereitelt, wenn eine Partei hiebei verrechnete Forderungen, deren Tilgung durch Kompensation die Gegenpartei nicht erweisen konnte, nachträglich wieder als einzelne geltend machen dürfte, wie wenn die Abrechnung überhaupt gar nicht stattgefunden hätte.[24]

---

Tilgung der lästigeren Schuld entgegen; wenn Regelsberger bemerkt, bei der Kompensation falle ja das willkührliche Befreiungsrecht eines Schuldners hinweg, welches ihm bei der Zahlung zusteht, so hat er einen Beweis hiefür nicht erbracht; dieses Bestimmungsrecht hat in der Analogie der Zahlung seine hinreichende Grundlage; ist Abrechnungsgläubiger mit der getroffenen Bestimmung nicht einverstanden, so mag er zwar das Zustandekommen der Abrechnung und des in ihr liegenden Kompensationsvertrags vereiteln; später aber bei der nothwendigen Kompensation findet jenes Bestimmungsrecht des Schuldners doch wieder seine Anwendung; zu vgl. noch Windscheid Pandekten II. §. 349 a. E.

[24] Anders bei der Anfechtung einer Abrechnung (oben II 1 u. 2a), sofern hier gerade die Abrechnung an und für sich als feststehend erscheint, und es die schwierige Aufgabe des Anfechtenden ist, einen Mangel derselben im Einzelnen nachzuweisen.

Wollte man eine solche schon an und für sich unnöthige, und dem Zwecke des Abrechnungsgeschäftes widersprechende Belästigung der Parteien mit Einzelklagen zulassen, so könnte überdies in vielen Fällen denselben das größte materielle Unrecht zugefügt werden; oft wird aus Anlaß der Abrechnung eine hiebei zur Sprache gekommene Forderung ganz oder zum Theil wieder fallen gelassen, ohne daß hierüber speziell eine Verurkundung geschieht; in dem Resultat der Abrechnung ist dies alles berücksichtigt, und im Vertrauen auf die Abrechnung hat vielleicht gerade die betreffende Gegenpartei die Beweismittel für ihre Einwendungen später vernichtet; stünde ihr daher gegen die Einzelklage nicht schlechthin die Einrede der Abrechnung zu, so würde sie nicht nur vielfach um die Früchte der Abrechnung gebracht, sondern letztere wäre ihr geradezu nachtheilig geworden. Vollends gefährlich und unerträglich aber wäre die Lage der Erben des Abrechnungsschuldners gegenüber dem Abrechnungsgläubiger, und die des Abrechnungsschuldners gegenüber dem Cessionar des Abrechnungsgläubigers bezüglich einer Einzelforderung; dort wegen der Unbekanntschaft mit den betreffenden früheren Rechtsverhältnissen und Gegenforderungen; hier wegen der Erschwerung des Beweises durch Eid. Hat daher eine Abrechnung einmal stattgefunden,[25] so muß der Abrechnungsschuldner das Recht haben, die Einzelklagen des Abrechnungsgläubigers schlechtweg mit der Einrede der stattgehabten Abrechnung zu elidiren; und darf letzterer nach der offenbaren Intention der Parteien nur noch mittelst der Klage aus dem zu seinen Gunsten festgesetzten Abrechnungs-Saldo, dessen Höhe nach allgemeinen Grundsätzen ihm zu erweisen obliegt, die Rechte, die ihm gemäß der Abrechnung noch übrig blieben, geltend

[25] Dies hat selbstverständlich der Beklagte zu beweisen, aber nicht weiter, insbesondere nicht, welcher Saldo zu Gunsten der einen oder andern Partei festgesetzt worden; s. gleich nachher im Text.

machen; eine Geltendmachung der einzelnen Forderung als solcher wäre geradezu gegen Treu und Glauben, also dolos.[26] Ein Anderes wird aber betreffs derjenigen Rechte des Abrechnungsgläubigers zu gelten haben, welche nach der Abrechnung noch fortbestehen sollen, ohne daß die durch sie repräsentirte Summe mittelst der Klage aus der Abrechnung geltend gemacht werden kann, welche vielmehr, wie die Pfand- und Bürgschaftsrechte, anders nicht, als mit der Klage aus dem ursprünglichen, einzelnen Rechtsverhältnisse zu realisiren sind; denn es kann unmöglich Absicht der Parteien sein, Rechte noch fortbestehen zu lassen, und doch jeden Weg zu ihrer Realisirung abzuschneiden. Hier kann der beklagte Pfandschuldner (sei es der Abrechnungsschuldner oder ein Dritter) beziehungsweise Bürge die Einzelklage nicht durch Berufung auf die stattgefundene Abrechnung beseitigen, sondern muß, sofern ihm nicht der Beweis einer anderweitigen Einrede gelingt,[27] zahlen, wird aber im Wege der Rententionseinrede verlangen können, daß Kläger bei der betreffenden Quittung für die Bezahlung der Einzelschuld zugleich sich für einen gleich hohen Betrag des Abrechnungssaldo's befriedigt erkläre. — Es könnte zwar auffallend erscheinen, von einem Fortbestand von Rechten zu sprechen, die durch Klage und Einrede doch nicht geltend gemacht werden dürfen; allein eine Wirkung äußert jener Fortbestand schon durch die Ermöglichung der Realisirung der oben bezeich-

---

[26] S. namentlich auch Zimmermann, Verhandlungen des IX. deutschen Juristentags, 2. Bd. S. 495 u. 496. — Da die Ausschließung der Einzelklagen ihren innersten Grund in dem Wesen und Zweck des Anerkennungsvertrags als solchen hat, so dürfte das oben Ausgeführte auf die Anerkennungsverträge überhaupt anzuwenden sein, also nicht bloß auf die eine species derselben bildende Abrechnung.

[27] In dem Nachweis der Berichtigung des Abrechnungssaldo's liegt natürlich auch der Beweis der Zahlung der einzelnen verrechneten (nicht schon bei der Abrechnung sonst getilgten) Forderungen.

neten Nebenrechte, könnte aber auch wichtig werden für den Fall, daß die Abrechnung durch übereinstimmenden Willen der Parteien wieder aufgehoben würde; indem dann die früheren Forderungsrechte, soweit sie nicht durch Kompensation getilgt wurden, und also an und für sich noch fortbestunden, in ihre volle Wirksamkeit wieder von selbst eintreten; die Einrede der stattgehabten Abrechnung ist mit andern Worten keine peremtorische, sondern eine durch die Aufrechterhaltung der Abrechnung bedingte, dilatorische Einrede, und mag hier an den analogen Fall erinnert werden, wenn ein Gläubiger für eine ihm zustehende Forderung einen Wechsel annimmt, ohne daß eine Novation vorliegt; hier bleibt das ursprüngliche Forderungsrecht auch bestehen, seine Bethätigung durch actio exceptio wird aber suspendirt, bis die Nichtbezahlung des Wechsels durch Protest dokumentirt ist,[28] bis sich also gezeigt hat, daß der Wechsel nicht im Stande war, die Befriedigung in der gehofften Weise zu verschaffen.

Nach dem so eben und zu II Ausgeführten hat die Abrechnung eine doppelte Wirkung: 1) dürfen regelmäßig die verrechneten und überhaupt bei der Abrechnung zur Sprache gekommenen Forderungen nicht mehr als einzelne geltend gemacht werden; 2) auch der Geltendmachung der bei der Abrechnung angeblich nicht berücksichtigten, an und für sich in das Gebiet der Abrechnung fallenden Forderungen steht die Abrechnung vermöge der in II a näher charakterisirten befreienden Wirkung des Abrechnungsvertrags entgegen und bedarf es des Nachweises eines gesetzlichen Mangels des Abrechnungsvertrags, um eine angeblich nicht berücksichtigte Forderung — übrigens streitet für die Berücksichtigung die Vermuthung — nachträglich noch zur Geltung zu bringen.

Die Abrechnung kann im einzelnen Fall sich auch

---

[28] Schauberg in Goldschmied's Zeitschrift XI. S. 193 fgde.; besonders 275 fgde.; 288; Württ. Archiv XII. S. 194.

zugleich als Vergleich darstellen, wenn nämlich zwischen den Parteien vorher Ungewißheit, beziehungsweise Streit über ihre gegenseitigen Ansprüche bestund, und die Parteien nun in Güte über eine bestimmte Feststellung ihres Rechtsverhältnisses übereinkamen, indem jeder Theil von seinen Ansprüchen, oder von den Einwendungen gegen die Ansprüche des Gegners etwas nachließ. Eine Vermuthung für die Vergleichsnatur der Abrechnung läßt sich nicht rechtfertigen; [29] nur wird man, wenn einmal Zweifel und Streitigkeiten vor der Abrechnung bezüglich der in ihr Gebiet fallenden Forderungen konstatirt sind, im Zweifel mit Fug annehmen dürfen, daß dann die Abrechnung das Resultat eines Vergleiches war, und jeder Theil hiebei von seinen Ansprüchen und Einwendungen nachgelassen habe. — Die Anfechtung einer solchen einen Vergleich darstellenden Abrechnung aber richtet sich nach den für den Vergleich überhaupt dießfalls geltenden Bestimmungen; wenn bei der Abrechnung insbesondere ein einzelner Posten von beiden Theilen irrthümlich als richtig vorausgesetzt wurde, und daher unbeanstandet blieb — was aber speziell nachzuweisen wäre, — könnte die Abrechnung angefochten werden, weil eben ein Vergleich wegen Unrichtigkeit des bei Abschließung desselben als gewiß Vorausgesetzten anfechtbar ist; [30] würde aber ein Vergleich auch nur wegen **eines** Postens wirksam angefochten, so verliert er dadurch in allen Theilen seinen Halt, indem anzunehmen ist, daß jede Partei nur mit Rücksicht auf das Gesammtergebniß von ihren wirklichen oder vermeintlichen Ansprüchen abgegangen sei. [31]

---

[29] **Württ. Archiv** Bd. XII. S. 425; **Regelsberger** a. a. O. S. 161

[30] **Arndts** a. a. O. §. 269; **Windscheid** a. a. O. §. 414, Z. 2 u. Anm. 4; anderer Meinung **Regelsberger** a. a. O. S. 160 fgde.

[31] **Regelsberger** a. a. O. S. 163—164.

## Zur Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter;[1] Erbvertrag und Vermächtnißvertrag.

An einem Rechtsfall erörtert
von Herrn Kreisrichter Pfizer in Ulm.

Ein Wittwer, welcher aus erster Ehe mehrere Kinder hatte, schloß vor Eingehung seiner zweiten Ehe einen Ehevertrag, in welchem über die Beerbung nur bestimmt ward, daß das Landrecht gelten sollte; unter dem Beibringen des Wittwers befand sich — als dessen freies Eigenthum — ein Haus im Anschlag von 850 fl.; über dieses enthielt der Ehevertrag die Bestimmung: „Der Ehemann erklärt, daß das Haus nach seinem Tod den Kindern erster Ehe um den Anschlag von 850 fl. überlassen werden solle." Unterzeichnet wurde der Vertrag von den Ehegatten, von 6 Zeugen und von dem Pfleger der Kinder erster Ehe; eine ausdrückliche Erklärung des Pflegers über den Beitritt zu der fraglichen Bestimmung oder eine Acceptation derselben Namens der Kinder enthält die Vertragsurkunde nicht. — Als etwas später ein Beibringens-Inventar errichtet wurde, erklärten die Ehegatten, daß jener frühere Vertrag aufgehoben sein und daß es hinsichtlich der Beerbung durchaus beim Landrecht bleiben solle. Auch diesen Ver-

[1] Einer wesentlich andern Ansicht über die Verträge zu Gunsten Dritter, als solche in obigem Aufsatze zu entwickeln versucht wird, ist das Obertribunal in dem in diesem Archiv Bd. XIV. S. 439 ff. mitgetheilten Rechtsfalle gefolgt, in welchem sich an die in Unger's trefflicher Abhandlung in Jhering's Jahrbüchern Bd. X. S. 1 ff. enthaltenen Aufstellungen und Ausführungen angeschlossen worden ist. Vergl. a. a. O. S. 448 ff. Auch bei den Verhandlungen der Dresdener Kommission zu Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Obligationenrechtes ist auf die Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter ausführlich eingegangen worden und sind dabei die verschiedensten Ansichten zu Tag getreten. Nachdem die Frage in obigem Aufsatze angeregt worden, und dagegen die in solchem adoptirte Ansicht sich manche Bedenken erheben dürften, wird es nicht ohne Interesse sein, auf die Dresdener Verhandlungen gleichfalls zurückzukommen, was sich vorbehalten wird. (K.)

trag hat der Pfleger der Kinder erster Ehe mitunterschrieben und eine gleichzeitig zu Gunsten seiner Pfleglinge getroffene Verfügung — Erhöhung ihrer Muttergutsforderung — dankend angenommen. — Später errichtete der Ehemann ein Testament, in welchem er bestimmte, daß seine Liegenschaft, darunter das von ihm beigebrachte inzwischen erheblich meliorirte Haus, um einen bestimmten Anschlag dem Sohn zweiter Ehe zugetheilt werden solle. Das Testament wurde vollzogen und der Sohn zweiter Ehe kam in den Besitz des Hauses; hiebei aber wollten sich die Kinder erster Ehe nicht beruhigen, indem sie glaubten, aus dem erstangeführten, zwischen ihrem Vater und ihrer Stiefmutter unter Mitwirkung ihres Pflegers abgeschlossenen Vertrag ein Recht auf dieses Haus ableiten zu können.

Dieser Vertrag läßt sich von zwei Gesichtspunkten aus betrachten: einerseits als eine beabsichtigte Zuwendung von Todeswegen seiten des Vaters an seine Kinder erster Ehe, andrerseits als ein Vertrag zu Gunsten Dritter, nämlich der Verlobten zu Gunsten eben dieser Kinder. Es fragt sich, ob sich von dem einen oder dem andern Gesichtspunkt aus der Anspruch der Kinder auf Herausgabe des Hauses begründen läßt. Von dem zweiten Gesichtspunkt aus ist wieder eine doppelte Auffassung des Vertrages möglich, nämlich entweder als eines Erbvertrages mit Auflage eines (bedingten) Vermächtnisses an den Vertragserben, oder als eines Ehevertrages mit einer Stipulation zu Gunsten der Kinder; faßt man dagegen die beabsichtigte Zuwendung von Todeswegen und die Mitwirkung des Pflegers ins Auge, so kann sich die Frage erheben, ob die Kinder nicht etwa ein Recht aus einem sog. Vermächtnißvertrage geltend machen können.

I. Die Form des abgeschlossenen (ersten) Vertrages — Zuziehung von sechs Zeugen — läßt auf die Absicht schließen, einen Erbvertrag zu errichten, und daß in einem solchen den Vertragserben Vermächtnisse auferlegt werden können, ist wohl einer der wenigen in der bestrittenen Lehre von den Erbverträgen unbestrittenen Sätze. Nun

bestimmt allerdings das Landrecht Thl. III, Tit. 8 §. 5, daß, wenn „allein eine solche gemeine Erklärung geschehen: daß nämblich die Eheleut auff das Landtrecht heurathen wöllen, und es künftiger Erbfäll halb bei Verordnung desselben gelassen werde“, diese Erklärung „für kein sondere Konvention geachtet“, d. h. nicht als ein die Testirfreiheit der Ehegatten ausschließender Erbvertrag angesehen werden soll. Allein es wird sich doch fragen, ob nicht, wenn im Anschluß an eine solche „gemeine Erklärung“ der eine Ehegatte sich verpflichtet, im Falle des Vorabsterbens des Andern bestimmten Personen, namentlich Verwandten desselben Vermächtnisse zu bezahlen, hieraus die Absicht der Ehegatten gefolgert werden muß, einen wirklichen Erbvertrag zu schließen oder, wie sich das Landrecht ausdrückt, dieses „in ein verbündtliches Pakt zu ziehen.“ — Hiefür spricht einmal die Stellung des von Zuwendungen an die Verwandten in „dergleichen Heuraths-Pakten“ handelnden §. 4 des Landrechtes Thl. III, Tit. 8 unmittelbar nach dem von wirklichen Ehe- und Erbverträgen redenden §. 3, sodann die Erwägung, daß, wenn man in einem solchen Uebereinkommen keinen Erbvertrag finden wollte, die Giltigkeit der von dem einen Ehegatten übernommenen Vermächtnisse auf schwachen Füßen stände. Zwar könnte man sagen, die vor sechs Zeugen erfolgte Disposition des legirenden Ehegatten sei als Kodizill ab intestato aufrecht zu erhalten. Allein dieser Annahme wird vielfach schon die Form des Rechtsgeschäftes entgegenstehen, indem sich dasselbe nicht als einseitige Verfügung des Legirenden, sondern als Uebernahme einer Verpflichtung seiten des andern Gatten darstellt, und die Uebernahme dieser Verpflichtung erscheint wesentlich als eine Gegenleistung für eine Zuwendung, nämlich für die Zusicherung des ungeschmälerten Intestaterbrechtes. Soll daher die Verpflichtung rechtsbeständig sein, so darf dem Verpflichteten die Zuwendung, welche ihn zur Uebernahme der Verpflichtung bestimmte, nicht willkürlich entzogen werden. Eine solche

dolose Entziehung läge aber vor, wenn der Ehegatte, welcher sich die Entrichtung von Vermächtnissen hat versprechen lassen, nachträglich in einem Testamente den andern Gatten etwa auf den Pflichttheil beschränken wollte.

Ist nach dem Ausgeführten die Auffassung des zwischen den Verlobten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes als eines Ehe- und Erbvertrages mit Auflage eines Vermächtnisses an den Vertragserben an sich möglich, so würde der Umstand, daß zu demselben nicht, wie das Landrecht Thl. III, Tit. 8 §. 3 verlangt, als weitere Zeugen drei Verwandte mütterlicher Seits der Kinder erster Ehe zugezogen worden sind, gegen den Anspruch der letztern auf Herausgabe des Hauses schwerlich geltend gemacht werden können. Diese Verwandten sollen zugezogen werden, „damit die Kinder vorgehender Ehen nicht vernachtheiligt werden"; enthält nun der Vertrag eine Bestimmung lediglich zum Vortheil der Kinder, so kann sich der überlebende Stiefparens der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit nicht dadurch entziehen, daß er sich auf die Nichtbeachtung einer lediglich im Interesse der Kinder vorgeschriebenen Form beruft.

Auch durch die Geburt von Kindern zweiter Ehe würde das Recht der Kinder erster Ehe nicht alterirt; der nur die Beerbung der Ehegatten regelnde Vertrag bleibt bestehen, da anerkannter Maßen auf Erbverträge eine analoge Anwendung des Satzes: „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" nicht stattfindet. Das Haus bildete allerdings einen Theil der Verlassenschaft des Mannes, und insofern hatten auch (von dem Testament abgesehen) die Kinder zweiter Ehe einen Anspruch an dasselbe; allein wie schon im römischen Rechte einer von mehreren Miterben im Testament allein mit einem Legate, ohne Unterschied ob einer Geldsumme oder einer bestimmten Sache, beschwert werden konnte und der Legatar Anspruch auf die ganze Sache hatte, nicht etwa bloß auf den den Erben treffenden Theil der Sache selbst und die aestimatio der auf die Miterben fallenden Theile, so wären auch hier

die Kinder erster Ehe berechtigt gewesen, gegen Bezahlung des Anschlags die Herausgabe des Hauses, soweit es ihnen nicht als Erben zufiel, zu verlangen; ihre Stiefmutter hätte sich den Anschlag des Prälegates in ihren Erbtheil einrechnen lassen müssen.

Wohl aber steht dem Anspruch der Kinder auf das Haus als ein ihnen ausgesetztes Vermächtniß der Widerruf des ersten Vertrages entgegen. Es läßt sich durchaus kein innerer Grund denken, warum das einem Vertragserben auferlegte Vermächtniß sich in irgend einem Punkte von dem Legate unterscheiden soll, womit ein Testamentserbe belastet wird. Wie es daher im letzteren Falle für das Recht des Legatars vollkommen gleichgiltig ist, ob er davon Kunde erhält, daß er mit einem Legate bedacht sei, der Testator vielmehr nach wie vor diese Bedenkung aufheben kann, so kann auch Derjenige, zu dessen Gunsten dem Vertragserben die Entrichtung eines Vermächtnisses aufgelegt worden ist, durch die Erklärung: er nehme dasselbe dankbarst an, den dem Erblasser bis zu seinem Tod zustehenden Widerruf nicht ausschließen. Auch der Umstand, daß es die Kinder erster Ehe sind, zu deren Gunsten der Vertragserbe mit dem Vermächtniß belastet ist, ist nicht geeignet, dasselbe zu einem unwiderruflichen zu machen; unwiderruflich war eine zu ihren Gunsten getroffene Verfügung, welche sofort wirksam werden sollte, wie z. B. die in dem zweiten Vertrage stipulirte und vom Pfleger der Kinder acceptirte Erhöhung der Mutterguts-ansprüche der Kinder; allein im Wesen des Vermächtnisses, zumal des Vermächtnisses einer species liegt dessen Widerruflichkeit; indem der Erblasser ausspricht: nach seinem Tode solle der Legatar das Eigenthum an der Sache erhalten, behält er sich für seine Lebenszeit das Eigenthum, das volle Verfügungsrecht über die Sache vor, und kraft dieses Verfügungsrechtes kann er auch die Sache veräußern und dadurch die Hoffnung des Legatars vereiteln. Es waren daher nicht bloß beide Ehegatten zum

Widerruf des ganzen Vertrages, sondern auch der Ehemann für sich allein zum Widerruf, bezw. zum Nachlaß des Vermächtnisses befugt.

II. Können hienach die Kinder erster Ehe mit einem Anspruch aus einem Vermächtniß nicht durchdringen, so fragt es sich, ob nicht aus der Mitwirkung des Pflegers beim Abschluß des ersten Vertrages nach den im heutigen Rechte rezipirten Sätzen über Verträge zu Gunsten Dritter sich ein denselben sofort erworbenes, zwar betagtes, aber unwiderrufliches Recht ableiten läßt. Hätten sie ein solches Recht durch den ersten Vertrag erworben, so wären sie desselben durch die spätere Verabredung, wonach es durchaus bei den Bestimmungen des Landrechtes sein Verbleiben haben sollte, nicht verlustig geworden, da der Pfleger für sich allein, ohne Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde auf dieses Recht nicht giltig verzichten konnte.

Daß nach württ. Rechte in Eheverträgen auch Bestimmungen zu Gunsten Dritter vorkommen, welche einem Widerruf durch die Ehegatten nicht unterliegen, kann nach Landrecht Thl. III. Tit. 8 §. 4 nicht bezweifelt werden, indem hier bestimmt ist, daß „dergleichen Gemächt, deren volnziehung erst nach der Eheleut Tod geschehen soll, sovil solche nicht contrahirende Personen betreffen thut, durch die paciscirende Eheleut ihres gefallens wol widerrufft und geändert werden mögen": soweit also die Verabredungen „contrahirende Personen" betreffen, sind solche unwiderruflich. Wen haben wir aber unter den „contrahirenden Personen" zu verstehen? Müßte als mitkontrahirend Jeder angesehen werden, welchem etwas durch den Ehevertrag zugewendet werden soll und welcher zugleich zum Abschluß des Vertrages zugezogen wird, so wäre die Zuwendung des Hauses an die Kinder erster Ehe für unwiderruflich zu erachten, da ihr gesetzlicher Vertreter bei dem Vertragsabschlusse mitwirkte. Allein in diesem Sinne ist der Ausdruck wohl nicht zu nehmen; man kann zwar sagen, daß eine Person, die zum Vertrags-

abschluß zugezogen worden ist, bei demselben mitgewirkt habe; aber als mitkontrahirend, d. h. durch ihre Mitwirkung Rechte erwerbend oder Verpflichtungen übernehmend, kann man sie nicht bezeichnen. — Von dieser Anschauung geht auch im Wesentlichen eine in Seuffert's Archiv[2] mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals vom 6. April 1841 aus: In einem Ehevertrag war für den Fall des kinderlosen Vorabsterbens der Frau den nächsten Verwandten derselben ein „unwiderruflicher" Rückfall von 1100 fl. bestimmt; der Vertrag war, laut der darüber aufgenommenen Urkunde, „unter Beiziehung der beiderseitigen Verwandten" abgeschlossen worden; später wurde durch Uebereinkommen der Ehegatten der Rückfall auf 400 fl. herabgesetzt und einer speziell benannten Person auf den Todesfall der Ehefrau als Schenkung vermacht; nach dem Tode der Frau erhoben deren nach dem ersten Vertrage berechtigte Verwandte Klage auf Bezahlung der 1100 fl. In den Gründen zu dem abweisenden Urtheil wurde gesagt:

„Die Bestimmung eines Rückfalls involvirt einen restitutiven Erbvertrag, und die Kläger würden allerdings, hätten sie an dem Vertrage als Mitpaziscenten Theil genommen, ein unwiderrufliches Recht auf den bedungenen Rückfall erworben haben." — Daß dieselben aber Mitpaziscenten gewesen seien, wurde verneint, hauptsächlich aus dem Grunde, weil dieselben die Zuwendung nicht acceptirt haben.

Gegen letztere Motivirung erhebt sich das Bedenken, daß darüber, ob die Verwandten den ihnen zugedachten Rückfall nicht schon durch die Unterschrift des Vertrages „acceptirt" haben, sich immerhin streiten läßt. Die Verwandten können nicht ohne Schein sagen: „Der Rückfall wurde uns als „unwiderruflich" zugesichert; was kann man weiter von uns verlangen, als daß wir unser Einverständniß auf irgend eine Weise zu erkennen geben? und dieß haben wir durch die Unterschrift des Vertrages ge-

[2] Bd. V. Nr. 214.

than." — Nicht darauf, daß die Verwandten nicht acceptirt haben, sondern darauf, daß sie gar nicht acceptiren konnten, wäre nach des Verfassers Ansicht die Entscheidung zu gründen gewesen, wie im Folgenden näher darzuthun versucht werden soll.

Daß im heutigen Rechte Verträge, in welchen die Entrichtung einer Leistung an einen Dritten, Nichtkontrahenten, bedungen wird, mit rechtlicher Wirkung in einem weit größeren Umfang abgeschlossen werden können, als im römischen Rechte, wo solche Verträge nur als Singularitäten vorkommen, ist eine vom eifrigsten Romanisten nicht abzuleugnende Thatsache, und es kann sich nur darum fragen, wie diese rechtliche Wirkung zu konstruiren sei. — Man hat schon geglaubt, diese Wirkung auf einen Vorzug des germanischen vor dem römischen Rechtsbewußtsein zurückführen zu können: die engherzigen Römer haben durch einen Vertrag Rechte und Verpflichtungen nur zwischen den Vertragschließenden entstehen lassen, der freie Deutsche dagegen vermöge durch seinen Vertrag nicht blos sich, sondern auch jedem Dritten Rechte zu erwerben; man nannte dieß das Prinzip der freien Stellvertretung. Einzelne Rechtslehrer gingen so weit, zu behaupten: selbst dann, wenn der Dritte dem Geschäfte noch gar nicht beigetreten sei, stehe den Kontrahenten der Rücktritt von demselben nicht mehr frei.[3]

Dieß ging nun freilich den Meisten zu weit, man wollte dem Dritten ein unwiderrufliches Recht nur dann einräumen, wenn er dem Vertrag beigetreten, die zu seinen Gunsten getroffene Verfügung acceptirt habe, und auch diesem Satze wird noch von Beseler a. a. O. die weitere Einschränkung beigefügt, daß es den Kontrahenten frei stehen müsse, ob sie den Beitritt des Dritten gestatten wollen oder nicht.

Durch diese Einschränkungen ist allerdings das Be-

[3] Vergl. Beseler, Erbverträge Bd. II. §. 3.

denkliche, welches die Theorie von der freien Stellvertretung hat, in der Hauptsache beseitigt. Nur ist dagegen zu erinnern, daß der Ausdruck „Beitritt zu einem Vertrag" der juristischen Schärfe entbehrt. Wenn einem Dritten von zwei Kontrahenten z. B. in einem Gesellschaftsvertrag der „Beitritt" offen gelassen ist, so ist allerdings kein Zweifel darüber möglich, daß hiedurch dem Dritten die Möglichkeit gegeben ist, Mitkontrahent, d. h. Gesellschafter zu werden; allein was soll der „Beitritt" des Dritten bedeuten, wenn A und B einen Erbvertrag schließen, wenach B Erbe des A werden und dem C ein Vermächtniß entrichten soll? Wenn C hergeht und erklärt: „Ich trete eurem Vertrage bei, ich danke euch für eure Zuwendung", und wenn A und B diesen Dank freundlich entgegennehmen, sollen deßhalb A und B gehindert sein, den Erbvertrag mit beiderseitigem Einverständniß wieder aufzuheben? und wenn nicht, an wen soll sich der Dritte im Fall der Aufhebung halten, an A, der keine Leistung an ihn übernommen, oder an B, welcher zwar eine solche übernommen hat, aber unter der hinfällig gewordenen Voraussetzung, daß er Erbe des A werde, eine Leistung aus dem Vermögen des A, welches er nicht erhält?

Der Beitritt eines Dritten zu einem Vertrage hat eine juristische Bedeutung nur dann, wenn der Vertrag eine Offerte an den Dritten enthält, sei es in der Art, daß der Dritte durch dessen Annahme Theilnehmer hinsichtlich des zwischen den beiden ersten Kontrahenten bestehenden Vertragsverhältnisses, in dem obigen Beispiel an der Gesellschaft, wird, oder so, daß durch die Annahme ein neues Vertragsverhältniß, eine neue Obligation zwischen dem Dritten und dem einen oder dem andern oder beiden ersten Kontrahenten entsteht. — Letzteres kann der Fall sein, ist aber nicht nothwendig der Fall, wenn in einem Ehe- und Erbvertrag ein Rückfall zu Gunsten bestimmter Verwandten stipulirt wird; wenn sich z. B. die Ehegatten gegenseitig zu Universalerben einsetzen und es sind Aszen-

denten eines oder beider Gatten vorhanden, so könnten diese nach Ableben eines Gatten den Erbvertrag wegen Verletzung des formellen Notherbenrechtes anfechten; ist nun in dem Erbvertrag ein Rückfall zu Gunsten dieser Aszendenten bedungen und sind diese dem Vertrage „beigetreten", wäre es auch blos durch vorbehaltloses Unterzeichnen desselben, so wird hier ein, mit dem Erbvertrag allerdings in engem Zusammenhang stehender Vertrag zwischen den Ehegatten und dem Aszendenten, oder vielmehr zwei Verträge anzunehmen sein, nämlich ein Erbverzicht zwischen dem Aszendenten und seinem Deszendenten, und ein Vertrag zwischen Ersterem und dem Ehegatten des Letzteren, wonach für den Fall, daß der Aszendent seinen Deszendenten überlebe, der überlebende Gatte dem ersteren die als „Rückfall" bezeichnete Summe zu bezahlen habe. Unter Umständen kann der Rückfall auch eine von dem Deszendenten selbst versprochene, aber erst nach dessen Tod zahlbare Gegenleistung für den Erbverzicht bilden; in diesem Falle würde der Aszendent die Forderung, das Recht auf den Rückfall, im Fall seines Vorabsterbens vererben. — Aber nicht blos Notherben, auch andern Intestaterben gegenüber kann die Bestimmung eines Rückfalls diese Bedeutung haben. Die Ehegatten können einerseits die moralische Verpflichtung fühlen, ihren Seitenverwandten Etwas von ihrer Verlassenschaft zukommen zu lassen, andrerseits kann die Absicht obwalten, einer etwaigen Anfechtung des Erbvertrages vorzubeugen; ist einmal aus dem einen oder andern Grund ein solcher Vertrag geschlossen worden, so kann sich der überlebende Gatte der den Verwandten des andern gegenüber übernommenen Verpflichtung nicht deßhalb entziehen, weil es, um ein Erbrecht dieser Verwandten auszuschließen, keines Erbverzichtes bedurft hätte. — Uebrigens erscheint die Bezeichnung solcher Verträge als „restitutiver Erbverträge" nicht angemessen; wenn man diesen unklaren Ausdruck überhaupt gebrauchen will, so wäre er zu beschränken auf Verträge, welche die Restitution einer Erbschaft be-

zwecken, wenn z. B. der Erblasser, der Vertragserbe und ein Dritter übereinkommen, daß der Vertragserbe dem Dritten die Erbschaft oder eine Quote derselben herausgeben solle. In den eben besprochenen Fällen aber werden die Aszendenten oder Seitenverwandten in keiner Weise Vertragserben, weder direkt noch fideikommissarisch; sie erhalten nur als Gegenleistung für ihren Erbverzicht die sofort verbindliche, wenn auch hinsichtlich der Erfüllung bedingte oder betagte Zusage einer Entschädigung, m. a. W., für sie als Berechtigte handelt es sich gar nicht um ein mortis causa negotium.

Die meisten Verträge „zu Gunsten Dritter" enthalten aber keine Offerte an den Dritten, eröffnen deßhalb diesem keine Möglichkeit der Acceptation, durch welche er ein unwiderrufliches Recht auf die für ihn bedungene Leistung erwürbe. Wenn dennoch die Rechtsverbindlichkeit solcher Verträge angenommen werden muß, so läßt sich dieselbe wohl nicht anders konstruiren, als es von Bähr [4] geschehen ist. Derselbe stellt folgende Grundsätze auf:

Ein Vertrag, in welchem A von N sich eine Leistung an T versprechen läßt, ist wirksam, wenn die Causalbeziehung des Versprechens (das Warum? aus welchem versprochen wird) in dem Verhältniß des Promittenten zu dem Promissar (nicht zu dem Dritten) gelegen ist: es ist dieß ein Vertrag zu Gunsten des Promissars selbst, wobei dieser aber die ihm zugesagte Leistung einem Dritten überweist.

Unmittelbar klagberechtigt aus einem solchen Vertrag ist nur der Promissar; der Dritte erwirbt dadurch kein selbständiges Recht, sein Klagrecht erscheint vielmehr als eine actio (aus dem zu Grund liegenden Geschäfte, z. B. emti) mandata (utilis), aus dem fingirten Mandatsverhältniß ergibt sich von selbst die regelmäßige Widerruflichkeit der „zu Gunsten des Dritten" getroffenen Bestimmung

[4] In Gerber und Iherings Jahrbüchern, Bd. VI S. 131 fg.

seiten des Promissars; ausgeschlossen wird dieselbe 1) gegenüber dem Promittenten, wenn dieser an der Erfüllung an den Dritten ein rechtliches Interesse, auf diese Erfüllung daher ein vertragsmäßiges Recht hat; — 2) gegenüber dem Dritten a) durch Zahlung an ihn, b) durch die der Zahlung gleichstehende Novation seiten des Dritten, c) durch ein Zahlungsversprechen, das der Dritte vom Promittenten sich geben läßt, oder ein Urtheil, das er gegen denselben erlangt, vorausgesetzt, daß der Dritte schon vorher ein Recht auf die fragliche Leistung hatte, nicht aber, wenn diese eine Liberalität des Promissars an den Dritten enthält; d) durch den Tod Dessen, auf dessen Todesfall die Leistung an den Dritten versprochen ist, sei es der Promittent oder der Promissar.

Nach diesen Sätzen erscheint die Anerkennung der Rechtsverbindlichkeit von sog. Verträgen zu Gunsten Dritter als eine wirkliche Fortbildung unseres gemeinen Rechtes, welche den Bedürfnissen des Lebens (im Versicherungswesen, bei Schuldübernahmen u. s. w.) genügt. Vermieden werden hiebei die zum Theil mißlichen Konsequenzen des Prinzips der freien Stellvertretung, welches scheinbar die Handlungsfähigkeit der Individuen erweitert, in Wirklichkeit aber häufig zu einer unleidlichen Beschränkung der freien Bewegung führt. — Nur in einem Punkt erheben sich gegen die Sätze Bähr's Bedenken, und zwar ist dieß gerade der Punkt, wo Bähr sich der Theorie von der „freien Stellvertretung" am meisten nähert. Bedenklich erscheint dem Verfasser der Satz, daß eine Leistung, welche auf den Todesfall des Promittenten versprochen ist, mit oder durch dessen Tod dem Dritten gegenüber unwiderruflich werde. Es wird hier von Bähr folgender Fall unterstellt: A setzt den N durch Vertrag zum Erben ein, dagegen verspricht N dem A, daß T von ihm, dem N, 100 erben solle; dieß soll ein nach dem Tode des N für T klagbares Versprechen, ein „Erbvertrag zu Gunsten des T" sein; begründet wird dieser Satz damit, daß eine Erbein-

setzung (durch Vertrag) wie auch die Eingehung einer Ehe „als causa einer Vermögenszuwendung fungiren könne". Die Kausalbeziehung des Versprechens, welche den Vertrag zu Gunsten des Dritten wirksam macht, soll hier in der Erwerbung des Erbrechtes seiten des N liegen.

Daß ein Erbeinsetzungsvertrag die causa einer Vermögenszuwendung abgeben, d. h. daß der Einsetzende vom eingesetzten Erben sich eine (Gegen-) Leistung versprechen lassen kann, ist zuzugeben; ob aber diese Leistung auch in dem Versprechen bestehen kann, einem Dritten aus seiner, des Promittenten Erbschaft Etwas oder eine Quote dieser Erbschaft zukommen zu lassen? Nach den übrigen von Bähr selbst aufgestellten Sätzen scheint dieß verneint werden zu müssen. Der Vertrag zu Gunsten des Dritten, sagt Bähr (§. 1 a. E.), sei wirksam, sofern „der Promissar die ihm zugesagte Leistung dem Dritten überweist; und über die rechtliche Natur der dem Dritten zustehenden Klage wird bemerkt (§. 8 II.): „sie sei die nämliche, welche aus dem zu Grunde liegenden Vertrag dem Promissar erworben werde." Sind diese beiden Sätze richtig — und wir halten sie dafür —, so kann der in Rede stehende „Erbvertrag zu Gunsten des T" unmöglich rechtsbeständig sein: dem Promissar wird keine Leistung zugesagt, die er an den Dritten überweisen könnte, noch wird ihm eine Klage erworben; die dem Dritten bestimmte Leistung, wenn sie dem A, dem Promissar zugesagt werden wollte, würde auf eine Einsetzung des A zum Erben des N hinauskommen, auch in diesem Falle eines wechselweisen Erbeinsetzungsvertrages würde dem A nie gegen N, sondern nur gegen dessen Erben eine Klage erworben, und dann fragt es sich vor Allem: kann Jemand das ihm erworbene Recht, einen Andern zu beerben, an einen Dritten „überweisen?" Kann überhaupt eine Erbeinsetzung als eine „Leistung" des Erblassers an den Erben bezeichnet werden? Die Erbeinsetzung wurde oben als Zuwendung bezeichnet; zuwenden kann man einem Andern auch eine bloße Anwartschaft, als Leistung wird man dagegen

die Eröffnung einer solchen sprachlich nicht bezeichnen können.

Zur Bestätigung der oben gemachten Bemerkung, daß mit dem angefochtenen Satze Bähr sich der Theorie der freien Stellvertretung nähere, mögen einige in Seuffert's Archiv mitgetheilte Entscheidungen angeführt werden, da die dort ausgesprochenen Grundsätze auch für die Beurtheilung unseres Falles erheblich sind. —

1) Einer Entscheidung des Kassationshofes zu Wolfenbüttel lag folgender Fall zu Grunde:[5] Max. Müller trat laut gerichtlichen Vertrages sein Hofgut an seinen Sohn Wilhelm ab und stipulirte dabei u. A.: wenn letzterer ohne Kinder sterbe, solle das Hofgut an die Kinder seines verstorbenen Sohnes Karl fallen. Wilhelm starb unverheirathet; der Vater Maximilian M. errichtete hierauf ein Testament, in welchem er erklärt, daß er als alleiniger Erbe seines Sohnes den Hof wieder an sich genommen habe, und bestimmte, daß nach seinem Ableben derselbe an seine Tochter zweiter Ehe, nach deren Tod aber der Nießbrauch am Hofe deren Ehemann zufallen solle. Nach dem Tode des Max. M. und der Tochter zweiter Ehe erhoben die Kinder des Sohnes Karl gegen den Ehemann dieser Tochter Klage auf Anerkennung ihres Eigenthums an dem Hofe, welche sie auf den Vertrag zwischen ihrem Großvater und Oheim stützten. — Der Kassationshof erklärte den Anspruch unter drei verschiedenen Gesichtspunkten für begründet: a) Betrachte man jenen Vertrag als gewöhnlichen Vertrag zu Gunsten Dritter, so sei zwar den Kontrahenten vor der Beitrittserklärung des Dritten, hier der Kinder, der Rücktritt freigestanden, eine einseitige Reue aber habe keine Wirkung haben und darum nach dem Tode des W. M. den Kindern des K. das Recht der Acceptation nicht mehr entzogen werden können. — b) Es könne auch Max. M. bei dem Vertragsabschluß als in Vertretung seiner Enkel, als deren negotiorum gestor handelnd angesehen werden, als solcher

[5] Seuffert, Archiv, Bd. XIV. Nr. 131. 1.

sei er zur Remission eines dem Prinzipal erworbenen Anspruchs — auch vor der Ratihabition — nicht befugt gewesen. — c) Es lasse sich die eventuelle Hofzuwendung an die Kinder als eine fideikommissarische Auflage an den durch antizipirte Erbfolge in den Besitz des Hofgutes gelangten Sohn W. auffassen; in diesem Falle, lautet der etwas dunkle Passus der Gründe, „lasse sich nicht behaupten, daß, wie die Hofsnachfolge, so auch das dem Nachfolger auferlegte Fideikommiß unabhängig vom Tode des Abtretenden gewesen, und daß mit dem Hofe auch die darauf angewiesenen Abfindungen und sonstigen Vortheile zum Gegenstand seiner erfrüheten Beerbung gemacht wären." — Der letzte Gesichtspunkt hätte wohl vorangestellt werden sollen; denn ehe über die Rechte Dritter aus einer einzelnen Bestimmung eines Vertrages entschieden wird, muß doch die rechtliche Natur dieses Vertrages fest stehen. Aus der allerdings allein möglichen Auffassung der Gutsübergabe an W. als einer antizipirten Erbfolge mit Auflage eines Fideikommisses zu Gunsten der Kinder ergibt sich aber, daß diese Auflage erfolgte unter der — sehr natürlichen — Voraussetzung, daß W. M. seinen Vater überlebe. In diesem Falle wäre durch den Tod des Promissars den Kindern allerdings ein unwiderrufliches, wenn auch bedingtes Recht auf die Hofnachfolge erworben worden. Nachdem aber der vorausgesetzte Erbfall nicht eingetreten, ist auch das den Erben auferlegte Fideikommiß hinfällig geworden, und es darf wohl bezweifelt werden, ob auch dann zu Gunsten der Kinder entschieden worden wäre, wenn dieselben unmittelbar nach dem Tode ihres Oheims gegen ihren Großvater auf Anerkennung und Herausgabe ihres Eigenthums geklagt hätten. Die Konsequenz der freien Stellvertretungstheorie hätte hiezu führen müssen, allein von einer Vertretung der Enkel durch ihren Großvater, von einer negotiorum gestio konnte überhaupt nicht die Rede sein. Unter Geschäftsführung verstehen wir die Vornahme einer Handlung für einen Dritten, in dessen

vermuthetem Auftrag, sie setzt also eine Handlung voraus, welche der Dritte, der Prinzipal selbst hätte vornehmen können. Den Gutsübergabvertrag mit W. M. konnten aber die Kinder nicht schließen, und die zu ihren Gunsten getroffene Bestimmung war ein Bestandtheil dieses Vertrages, den man nicht willkürlich herausreißen darf, um zu sagen: „bei dieser Stipulation hat der Uebergeber nicht mehr für sich, sondern für seine Enkel gehandelt." — Wollte man Jeden, der eine Handlung im Interesse oder zu Gunsten eines Dritten vornimmt, als dessen Geschäftsführer oder Stellvertreter bezeichnen, so müßte auch der Testator als „Geschäftsführer" des eingesetzten Erben angesehen werden, woraus sich sodann die Unwiderruflichkeit der Erbeinsetzung ergeben würde. Was endlich die allgemeine Berufung darauf betrifft, daß eine zu Gunsten eines Dritten getroffene Vertragsbestimmung durch den Tod eines Kontrahenten, des Promittenten wie des Promissars, dem Widerruf entzogen werde, so genügt neben dem oben über die rechtliche Natur des „Beitritts des Dritten" Bemerkten der Hinweis auf die Konsequenzen dieses Satzes: wenn der Verkäufer A, welcher dem T ein Geschenk machen will, „zu Gunsten des T" stipulirt, daß der Käufer N dem T einen Theil des Kaufpreises bezahlen soll, so würde durch den Tod des N der T ein unwiderrufliches Recht auf die ihm noch gar nicht kundgegebene Schenkung erhalten!

2) Eine weitere Entscheidung desselben Gerichtshofes ist ebendaselbst, Ziff. II mitgetheilt: Zwei Eheleute hatten gerichtlich aufnehmen lassen, daß sie einander unwiderruflich zu Erben einsetzen, der Ueberlebende aber von den beiderseitigen nächsten Verwandten beerbt werden solle; nach dem Tode der Frau verheirathete sich der Mann wieder und verschrieb den ihm gehörigen Hof seiner zweiten Ehefrau nicht nur zum Mitbesitz, sondern auch von Todes wegen. — Nach seinem Ableben klagten die Verwandten des Mannes und der ersten Ehefrau gegen die Wittwe auf Herausgabe des Hofes. Nachdem festgestellt war, daß ein

deutschrechtlicher Erbvertrag vorliege, wurde von dem Kassationshof zu Gunsten der Verwandten entschieden, da diese durch den Tod der Frau ein unwiderrufliches Erbrecht gegenüber dem Mann erlangt haben.

3) Entscheidung des O.A.G. zu Kiel:[6] Zwei Brüder errichteten ein gemeinschaftliches Testament, in welchem sie sich gegenseitig zu Erben mit freier Dispositionsbefugniß einsetzten und bestimmten, daß nach dem Tode des Letztlebenden der Gesammtnachlaß gewissen gemeinschaftlichen Verwandten zufallen solle; eine Aenderung des Testamentes solle nur mit beiderseitigem Konsens erfolgen dürfen. — Es wurde entschieden, daß einem solchen Testamente die Bedeutung eines Erbvertrages zukomme, durch welchen dem Ueberlebenden jede Verfügung von Todes wegen (auch über sein eigenes Vermögen) unmöglich gemacht werde; „der Längstlebende", ist ausgeführt, „hatte die von ihm angetretene Erbschaft seines verstorbenen Bruders mit der beschränkenden Auflage und Bedingung erhalten, den in dem Testamente ernannten Erben nichts von dem bei seinem Tode vorhandenen Nachlaß durch letzte Willensordnung zu entziehen, und sein einseitig errichtetes Kodizill, nach welchem vom Gesammtnachlaß die Summe von 8960 Thlrn. vorweggenommen und zu Legaten verwendet werden soll, tritt also sowohl mit seiner eigenen Willenserklärung, als mit der seines Bruders unzweifelhaft in Widerspruch."

Diese beiden letztangeführten Entscheidungen dürften die oben aufgestellte Behauptung bestätigen, daß das Prinzip der freien Stellvertretung, anstatt die freie Bewegung der Individuen zu fördern, dieselbe in unerträglicher Weise zu beschränken geeignet ist. Wenn sich schon gegen die Zulässigkeit der Erbverträge an sich wegen der dadurch bewirkten Gebundenheit des letzten Willens gewichtige Bedenken erheben,[7] so sind solche Bedenken doppelt gegründet,

---

[6] Seuffert Arch. Bd. XVI. Nr. 123.

[7] Beseler, Erbverträge II. §. 11.

wenn den Erbverträgen eine so weit reichende Wirkung beigelegt werden will, wie es in diesen Entscheidungen geschieht. Ist es schon mißlich, daß der Erblasser sich des Vertragserben in keinem Falle, auch nicht bei dazwischen kommender Feindschaft entledigen kann (denn die von Beseler a. a. O. vorgeschlagene restitutio in integrum ist, wie Beseler selbst nicht verkennt, theoretisch nicht haltbar und legislativ schwerlich zu empfehlen), so sträubt sich das sittliche Gefühl noch mehr dagegen, daß aus einem solchen Vertrage einem Dritten ein unwiderrufliches Recht auf Beerbung des überlebenden Kontrahenten erworben werden soll. Man denke nur den Fall: zwei Eheleute haben in der Weise der angeführten Fälle eine Person zum Erben des Letztlebenden ernannt, von welcher sie längere Zeit gut verpflegt worden sind und von der sie deßhalb auch für die Zukunft solche Pflege erwarten. So lange beide Ehegatten leben, geht auch Alles gut, denselben fällt es daher nicht ein, den Vertrag zu ändern. Nun stirbt aber der eine Gatte, und der Pfleger, welcher die Erbschaft kaum erwarten kann, ändert plötzlich sein Benehmen gegen den Ueberlebenden und sucht ihm auf alle Weise das Leben zu entleiden. Es ist zwar gewiß, daß der Verstorbene, wenn er noch lebte, im höchsten Unwillen gemeinschaftlich mit dem Ueberlebenden den Erbvertrag widerrufen würde; der Ueberlebende aber ist wehr- und hilflos, denn sein Wille ist ja gegenüber dem Todten unwiderruflich gebunden!

Und abgesehen von den moralischen Bedenken, wie ist das Erbrecht des Dritten gegenüber dem überlebenden Pazisennten juristisch zu konstruiren? aus welchem Grunde wird ihm dessen Erbschaft deferirt? „Vertragserben“ wird man den Dritten doch kaum nennen wollen, denn dieser Ausdruck bezeichnet denjenigen, welcher mit dem Erblasser den Vertrag geschlossen hat; der Dritte aber, sofern er sich auf den Vertrag stützt, leitet sein Recht gar nicht vom Erblasser, sondern von dem erstverstorbenen Ehegatten oder

Bruder ab, welcher ihn „frei vertreten“ hat. Oder soll man den Dritten als Testamentserben ansehen? — Bei einem wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrag ist jeder Kontrahent zugleich Erblasser und Erbe; als Erblasser, d. h. für den Fall, daß er zuerst stirbt, kann er, sollte man meinen, nur über seine eigene Erbschaft verfügen; trifft er zugleich eine Verfügung als Erbe, d. h. für den Fall, daß er zuletzt stirbt, so kann er diese Verfügung doch unmöglich zu Gunsten des Erblassers, des andern, nach der Voraussetzung zuerst sterbenden Kontrahenten treffen, insofern hat seine Verfügung den Charakter eines Testamentes. Um aber dem Dritten das Recht aus diesem zu wahren, müßte man annehmen, der Letztverstorbene habe sich dem Erstverstorbenen gegenüber giltig verpflichtet, sein Testament nicht zu widerrufen: daß aber eine solche Verpflichtung nicht zu Recht bestehen kann, und daß das einzige indirekte Mittel, den Erben an der Aenderung seines letzten Willen zu hindern, die Erbeinsetzung unter der negativen Potestativbedingung ist: „wenn du dein Testament nicht änderst“, deren Erfüllung durch die cautio **Muciana** gesichert wird, darf h. z. T. als feststehend angenommen werden.[8]

Wenn es sich nun darum handelt, von dem bisher Ausgeführten die Anwendung auf unsern Rechtsfall zu machen, so eröffnen sich den Kindern erster Ehe keine sonderlich günstigen Aussichten auf den Erwerb des Hauses. Nach Analogie der zwei letztangeführten Entscheidungen, welche doch den Verträgen zu Gunsten Dritter eine Rechtswirkung beilegen, deren Umfang sich schwer rechtfertigen läßt, wären der Vater und die Stiefmutter immerhin noch ohne Rücksicht auf etwa vorausgegangenen „Beitritt“ des Pflegers zu dem Vertrag als berechtigt anzusehen, gemeinschaftlich den ersten Vertrag, und damit auch die zu Gunsten der Kinder erster Ehe getroffene Verfügung

[8] Beseler a. a. O. §. 12.

zu widerrufen und erst durch den Tod der Stiefmutter wäre dem Vater die Möglichkeit des Widerrufs entzogen worden. Nur die erste der beiden Entscheidungen des Kassationshofes zu Wolfenbüttel ließe sich zu Gunsten der Kinder erster Ehe verwerthen: auch in unserem Falle hat der Vater im Interesse der von ihm beigebrachten Kinder sich etwas zusichern lassen, und wenn in jenem Falle die Annahme einer Stellvertretung, einer Geschäftsführung des Großvaters für seine Enkel gerechtfertigt wäre, so müßte auch in unserem Falle eine Vertretung der Kinder erster Ehe durch ihren Vater und folgeweise ein denselben unwiderruflich erworbenes Recht auf das Haus angenommen werden. Allein was dort gegen die Zulässigkeit der Annahme einer Geschäftsführung bemerkt wurde, trifft auch hier zu: die Verfügung des Vaters wurde allerdings im Interesse der Kinder getroffen, aber nicht in ihrer Vertretung, denn die Kinder selbst waren rechtlich nicht in der Lage, eine solche Verfügung zu treffen. — Nach der Bähr'schen Lehre über die sog. Verträge zu Gunsten Dritter endlich kann es sich — von dem einen oben beanstandeten Satze abgesehen — von einem Rechte der Kinder aus dem Vertrage Dritter überhaupt nicht handeln, da der Vater durch die fragliche Bestimmung seine Braut nicht zu einer Leistung an ihn verpflichtete, welche er seinen Kindern hätte überweisen können, und er aus derselben nie ein Klagrecht erwarb.

III. So bliebe für die Kinder erster Ehe nur noch die Berufung darauf übrig, daß sie in Folge Vermächtnißvertrages ein Recht auf das Haus haben; um zu einem solchen zu gelangen, müßte man aus dem ganzen Geschäfte die Erklärung des Vaters: „nach seinem Tode solle das Haus seinen Kindern erster Ehe zufallen" und die (in der Unterschrift des Ehevertrages zu findende) Acceptation dieses Versprechens durch den Pfleger herausnehmen. Diese Konstruktion eines Vermächtnißvertrages wäre von vorn herein eine sehr gewagte, da die fragliche Erklärung

nicht sowohl an den Pfleger als an die Braut erfolgte, und es deßhalb zweifelhaft ist, ob ersterer überhaupt in der Lage war, dieselbe als ein den Kindern gegebenes Versprechen zu acceptiren. Allein auch abgesehen hievon würden die Kinder mit einer Klage aus einem Vermächtnißvertrage schwerlich durchdringen, da die Frage, ob ein von der donatio mortis causa verschiedener Vermächtnißvertrag rechtlich möglich sei, nach richtiger Ansicht zu verneinen ist.

Daß man einen dem Erbeinsetzungsvertrage entsprechenden Vermächtnißvertrag vertheidigte, war erklärlich, so lange man den Erbvertrag als einen Vertrag über die Erbschaft auffaßte; wenn über das Schicksal der ganzen Erbschaft paziscirt werden konnte, so war es natürlich, daß dasselbe auch hinsichtlich eines einzelnen Stückes der Erbschaft für zulässig gehalten ward. Nachdem aber anerkannt ist, daß der Erbvertrag nicht die Erbschaft, den gesammten Nachlaß, sondern die Beerbung zum Gegenstand hat, kann von einem dem Erbvertrag analogen Vermächtnißvertrag nicht mehr die Rede sein; das Vermächtniß bewahrt immer seine Natur als eine Belastung der Erbschaft, mag nun diese nach Gesetz, aus einem Testamente oder aus einem Vertrage deferirt werden.

Von Theorie und Praxis wird jedoch noch vielfach die Giltigkeit eines Vermächtnißvertrages oder wie man ihn auch nennt, eines singulären Erbvertrages vertheidigt.[9] Bezüglich der Praxis ist eine in Seuffert's Archiv[10] mitgetheilte Entscheidung des O.A.G. zu Celle anzuführen; es ist hier ausgeführt:

„Der der erhobenen Klage zu Grunde liegende Kontrakt, — wodurch weiland J. P. v. Borstel der klgr. Ehefrau, bzgsw. den klgr. Kindern gegen die Verpflichtung, den Namen von Borstel anzunehmen, nach seinem Ableben die eingeklagten 6000 M. B. zugesichert hat, stellt sich

[9] Hinsichtlich der Theorie vergl. Beseler, Erbverträge II. §. 8 (S. 214 fg.)

[10] Bd. XII. Nro. 279.

seinem Inhalt nach als Erbvertrag dar und ist um so mehr als solcher anzusehen, als die Kontrahenten selbst denselben wiederholt als Erbvertrag bezeichnet haben."

„Es ist nun dessen Giltigkeit aus dem Grunde, weil eine Singularsuccession darin festgestellt worden, nicht zu bestreiten, da nach deutschem Rechte nicht bloß universelle Erbrechte, sondern ebensowohl Vermächtnisse vertragsmäßig begründet werden."

Des Weiteren wird sodann noch bemerkt, daß ein vertragsmäßig begründetes Vermächtniß der lex Falcidia nicht unterliege. — Diese Befreiung würde neben der Unwiderruflichkeit die wesentlichste Eigenthümlichkeit des Vermächtnißvertrages bilden.

Der Wegfall des Abzugs der falzidischen Quart wäre an sich eine natürliche Konsequenz aus der Idee einer direkten Singularsuccession von Todes wegen; das Recht des vertragsmäßigen Legatars soll durchaus unabhängig sein vom Schicksal der übrigen Erbschaft, der Legatar soll selbst so zu sagen Erbe (der bestimmten Sache) sein, welchem als einem Gleichberechtigten der Erbe der übrigen Verlassenschaft keinen Abzug machen kann. Es fragt sich nur, ob die Idee einer direkten Singularsuccession von Todes wegen überhaupt haltbar ist, und diese Frage ist zu verneinen. Für die Bejahung kann sich nicht auf die mortis causa donatio berufen werden; durch diese wird für den Beschenkten schon zu Lebzeiten des Schenkers ein, wenn auch bedingtes (sei es suspensiv oder resolutiv bedingtes) Recht erworben, und insofern ist sie ein negotium inter vivos, wenn sie auch, wie Savigny[11] bemerkt, mit der Zeit einen zweideutigen Charakter erhalten hat; die gewöhnliche Schenkung wird zur m. c. donatio durch die vom Schenker beigefügte (wahre) Bedingung: „wenn du mich überlebst;" beim Vermächtnißvertrag ist das Ueberleben des Legatars auch Voraussetzung für dessen

[11] System Bd. IV. §. 144.

Rechtserwerb, derselbe ist aber kein bedingtes Geschäft, vielmehr ist das Ueberleben hier eine conditio juris.

Die Annahme einer direkten Singularsuccession neben einer direkten Universal-Succession in ein und dasselbe Vermögen (Familien-Fideikommisse, Stammgüter u. dgl. bilden ein Vermögen für sich) ist eine juristische Monstrosität; die Universal-Succession erschöpft ihrem Begriffe nach die ganze Verlassenschaft mit allen Aktiven und Passiven: neben demjenigen, welche in universum jus defuncti succediren, hat nicht noch ein successor in partem juris Platz. So ist es auch den Römern nie eingefallen, eine direkte Singular-Succession von Todes wegen anzunehmen, so nahe dieß scheinbar in einem Falle, nämlich bei dem unbedingten Legat einer dem Erblasser gehörigen Sache gelegen wäre. Das Eigenthum einer solchen Sache geht unmittelbar an den Legatar über, der Erbe erwirbt daran nicht einmal ein Zwischeneigenthum, dennoch ist das Prinzip der Universal-Succession auch einem solchen Legate gegenüber gewahrt: der dies cedens trit auch für dieses Legat nicht früher ein als mit dem Erwerb der Erbschaft, das Legat ist, wenn in einem Testament hinterlassen, von der Giltigkeit und Aufrechterhaltung des Testamentes abhängig, es unterliegt dem Abzug der falzidischen Quart. — Die Giltigkeit des singulären Erbvertrages im heutigen Rechte vertheidigen heißt die Idee der Universal-Succession für das heutige Recht leugnen, und damit wäre dem heutigen Rechte doch ein zweifelhafter Dienst erwiesen. Man vergegenwärtige sich nur die Schwierigkeiten, welche hinsichtlich der Erbschaftsschulden aus der Annahme einer direkten Singular-Succession von Todes wegen entstehen müßten! — Dieß ist der allgemeine Grund, welcher gegen die Möglichkeit eines Vermächtnißvertrages anzuführen ist; besondere Unzuträglichkeiten ergeben sich noch, wenn Gegenstand desselben eine species, eine bestimmte Sache ist. Wir haben schon oben hervorgehoben, wie die Widerruflichkeit zum Wesen des Ver-

mächtnisses gehört, sie folgt namentlich für das Vermächtniß einer bestimmten Sache daraus, daß sich, wie Beseler[12] gegenüber von Eichhorn und Hasse hervorhebt, ein Recht des Vermächtnißnehmers an der Sache zu Lebzeiten des Erblassers gar nicht konstruiren läßt; nach dem römischen Vermächtnißrechte gilt die Veräußerung einer legirten Sache als stillschweigender Widerruf, ademtio tacita; welche Folge soll dieselbe im Fall eines Vermächtnißvertrages haben?

Wenn Hasse zur Vertheidigung des singulären Erbvertrages bemerkt, daß durch dessen Nichtanerkennung „der Rechtsstoff, wie er wirklich vorhanden ist, verkürzt" würde, so bemerkt dagegen Beseler[13] gewiß mit Recht, daß dieser Einwand nicht viel zu sagen habe: entweder sei das, was mit der Aufstellung des singulären Erbvertrages bezweckt werde, praktisch: dann lasse sich gewiß für die Sache in unserem bestehenden Rechtssysteme der rechte Platz finden, oder sei es unpraktisch, dann könne die Aufstellung einer besondern Theorie keinen Anspruch darauf machen, für eine Bereicherung des Rechtsstoffes zu gelten. — Ein praktisches Bedürfniß aber für Anerkennung des singulären Erbvertrages besteht nicht, denn Alles, was mit demselben bezweckt werden will, läßt sich auf andere Weise erreichen: den Abzug der falzidischen Quart kann der Erblasser verbieten, auf die Widerruflichkeit der mortis causa donatio kann er verzichten, oder kann er sich durch Vertrag zu einer Leistung verpflichten, welche erst nach seinem Tode von seinen Erben entrichtet werden soll. Wenn endlich für den singulären Erbvertrag noch geltend gemacht werden wollte, daß derselbe ein Mittel an die Hand gebe, Jemanden eine Zuwendung zu machen, ohne die für Legate und Schenkungen Todes halber vorgeschriebenen Formen beobachten zu müssen, so kann es dahingestellt bleiben, ob

---

[12] Erbverträge Bd. II. §. 8.

[13] A. a. O. S. 222.

sich aus diesem Gesichtspunkt die Zulassung des Erbvertrages überhaupt, des singulären wie des universellen, legislativ empfiehlt: erreichen kann der Erblasser auch diesen Zweck ohne Vermächtnißvertrag. Wenn A mit B einen Vertrag schließt dahin: „Ich, A, ernenne dich, B, zu meinem Erben, ich verlange aber, da ich meine gesetzlichen Erben nicht leer ausgehen lassen will, daß du dich mit meinem Hofgut (oder: mit 1000 Thlr.) begnügst", und B hierauf eingeht, so wird die Giltigkeit dieses Vertrages nicht zu beanstanden sein, nur liegt kein Vermächtnißvertrag oder singulärer Erbvertrag vor, sondern eine vertragsmäßige heredis institutio ex re certa; denn warum eine solche mit allen im römischen Rechte anerkannten Wirkungen nicht ebensogut im Wege des Vertrages als in einem Testamente soll zu Wege gebracht werden können, ließe sich nicht einsehen.

In dem oben angeführten, vom O.A.G. zu Celle entschiedenen Falle wäre wohl ganz gut mit der Annahme einer nach dem Tode des Promittenten zu erfüllenden Obligation auszukommen gewesen, und war die Annahme eines Vermächtnißvertrages entbehrlich. — In unserem Rechtfalle dagegen ist die Annahme eines solchen Vertrages, d. h. eines nach dem Tode des Vaters zu erfüllenden Kaufes ausgeschlossen schon deßhalb, weil die Erfüllung in das Belieben der Käufer gestellt wäre; auch von einer heredis institutio ex re certa kann keine Rede sein, und so erscheint auch von dieser Seite aus der Anspruch der Kinder auf das Haus unhaltbar. — Von dieser Unhaltbarkeit scheinen sich denn auch die Kinder selbst überzeugt zu haben; denn ehe es zu einer gerichtlichen Entscheidung kam, wurde auf die gegen den Sohn zweiter Ehe erhobene Klage verzichtet.

# Fragmente.

## Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

### Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

1) Die einer Zunft zugestandene persönliche Dienstbarkeit hat mit der Aufhebung der Zünfte aufgehört.

Vor unvordenklicher Zeit war von der Stadt Ulm eine Walke für die Marner und Weißgerber gebaut und deren Benützung diesen beiden Zünften gegen einen der Stadt zu bezahlenden Jahreszins überlassen worden. Am 17. Januar 1772 wurde die Walke an die Marnerzunft verkauft, dabei aber der Weißgerberzunft das Recht zur fortdauernden ungehinderten Benützung ihrer mitverkauften Walke eingeräumt und weiter bestimmt, daß der vor der Walke gelegene der Stadt gehörige und nicht mit verkaufte Platz, welcher der Weißgerberzunft inzwischen zum Gebrauch überlassen gewesen, derselben auch fernerhin zum Gebrauche überlassen bleiben, die Weißgerberzunft aber verbunden sein solle, die daselbst befindlichen Pfosten zum Trocknen auf eigene Kosten zu unterhalten. Die Weißgerberzunft blieb infolge dessen im ungestörten Besitze des Platzes, bis im Jahr 1857 die Stadtgemeinde Ulm gegen die Weißgerberzunft Klage auf Anerkennung ihres unbeschränkten Eigenthums an dem fraglichen Platze erhob. Diese Klage wurde abgewiesen, indem angenommen wurde, daß der Weißgerberzunft eine Personalservitut auf den Gebrauch des Platzes als Trockenplatz zustehe.

Beim Eintritt der württ. Gewerbeordnung von 1862 bestand die Ulmer Weißgerberzunft aus drei Mitgliedern, Wilhelm Winter, Nik. Friedel und Joh. Martin. Diese faßten unter dem 10. Mai 1862 Beschluß über das Zunftvermögen und dessen künftige Verwendung und kamen

dahin überein, daß dieses Vermögen, bestehend in der Weißgerberwalke, seiner bisherigen Bestimmung vorbehalten werde und daß die bisherigen Zunftmitglieder zu diesem Zwecke eine Genossenschaft errichten wollen. Zum Vorstand wurde Winter gewählt und im Juni 1862 das errichtete Genossenschaftsstatut von dem K. Oberamt Ulm bestätigt. Diese Genossenschaft benützte sodann die Walke sowohl als den davor gelegenen Platz in derselben Weise, wie früher die Weißgerberzunft es gethan hatte.

Im Jahr 1872 erhob nun aber die Stadtgemeinde Ulm Klage gegen die genannten drei Mitglieder der früheren Weißgerberzunft, worin gebeten wurde, den Beklagten das Recht abzuerkennen den vor der Walke gelegenen Platz zu benützen, da die der ehemaligen Weißgerberzunft auf dem streitigen Platze zugestandene Personalservitut durch den Untergang des berechtigten Subjektes, nämlich die Aufhebung der Zünfte im Jahr 1862, erloschen sei. Bekl. Seits wurde dagegen eingewendet, daß die jetzige Weißgerbergenossenschaft als die Rechtsnachfolgerin der vormaligen Weißgerberzunft zu betrachten sei. Die württ. Gewerbeordnung von 1862 habe zwar die Zünfte als solche aufgehoben, aber zugleich im Art. 59 ff. Bestimmungen getroffen, welche auf die Erhaltung des Zunftvermögens für gewerbliche und gemeinnützige Zwecke gerichtet seien. Zu diesem Vermögen habe auch die streitige Berechtigung gehört; die Zunftgenossen haben über dieselbe verfügen können und auch wirklich zu Gunsten der Genossenschaft verfügt, die sie nach Aufhebung der alten Zunft nun gebildet haben. Dadurch sei jenes Dienstbarkeitsrecht erhalten und auf die Beklagten übertragen worden, was den für Dienstbarkeiten geltenden Rechtsgrundsätzen nicht widerstreite.

Das Obertribunal war anderer Ansicht und erkannte, daß den Beklagten ein Recht zu Benützung des streitigen Platzes nicht zustehe, aus folgenden Gründen:

Persönliche Dienstbarkeiten, die einer juristischen Person

zustehen, hören mit deren Aufhebung auf. — arg. l. 21 D. quib. mod. usufr. (7,4.) — Die in Frage stehende Servitut ist also erloschen, wenn die Ulm'sche Weißgerberzunft, der sie laut rechtskräftigen Erkenntnisses konstituirt wurde, eine juristische Person gewesen ist und diesen rechtlichen Charakter seit jenem Erkenntnisse verloren hat.

Uebereinstimmend mit den Anschauungen des römischen und deutschen Rechtes hat sich auch in Württemberg der Grundsatz festgestellt, daß den öffentlich anerkannten Zünften, den sogenannten zünftigen Gewerben, unter welche auch die Weißgerberzunft gehörte,[1] der Charakter eigentlicher Korporationen, d. i. juristischer Personen zukomme.[2] Durch die Gewerbeordnung von 1862 wurden die in Württemberg bestehenden Zünfte aufgehoben; dieß besagt der Art. 58 des Gesetzes mit klaren Worten. Die nothwendige Folge dieser Bestimmung war, daß von hier an die fraglichen Genossenschaften zu existiren aufhörten, daß also insbesondere ihre Eigenschaft, juristische Person zu sein, hinwegfiel. Zwar sind nun in den nachfolgenden Artikeln 59—62 der Gewerbeordnung besondere Vorschriften über die künftige Verwendung des Zunftvermögens getroffen. Allein damit wollte, wie aus den betreffenden Kammerverhandlungen klar erhellt,[3] nichts Anderes erreicht werden, als daß der strenge Rechtssatz nicht eintrete, wonach beim Aufhören einer universitas deren Vermögen dem Staate als herrenloses Gut anheimzufallen hat, sondern daß, den Rücksichten der Billigkeit entsprechend, jenes Vermögen von den bisherigen Zunftgenossen unter gewissen Modifikationen auch fernerhin zu gewerblichen Zwecken benützt und verwendet werden dürfe. Im Uebrigen aber sind die aus der Bestimmung des Art. 58, daß die Zünfte als solche auf-

[1] Reyscher, württ. Privatrecht §. 767, Note 8.

[2] Wächter, württ. Privatrecht Bd. I. S. 112 ff.; Reyscher, a. a. O. §. 767 Note 1; Pfeifer, jurist. Personen, S. 49.

[3] S. Verhandlungen der 2. Kammer von 1861 Prot. S. 3868 bis 3882, 2. Beilagenband S. 556 ff.

gehoben seien, zu entnehmenden Konsequenzen nicht alterirt worden.

Hieraus folgt, daß die Ulmer Weißgerberzunft im Jahre 1862 zu existiren aufgehört und also auch ihre juristische Persönlichkeit verloren hat. Selbstverständlich konnte ihr alsdann diese Eigenschaft auch nicht durch die Stipulationen der seitherigen Zunftgenossen erhalten werden. Dadurch wurde die Zunft in ihrem rechtlichen Charakter nicht fortgesetzt, vielmehr wurde eine neue Genossenschaft gebildet, die zu der früheren Zunft in keinem andern Verhältniß als demjenigen eines Singularsuccessors steht. Dagegen blieb die Ulmer Weißgerberzunft, nämlich dasjenige Rechtssubjekt, welchem die im Streite befangene Dienstbarkeit als Personal-Servitut eingeräumt worden ist, nach wie vor gesetzlich aufgehoben, womit die Servitut nach dem oben erwähnten Rechtssatz ihr Ende erreicht hat.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Mai 1873 in der Berufungssache Winter u. Gen. c. Ulm.

## 2) Bezug des Wasserbedarfes eines Gerbers aus einem städtischen Brunnen.[1]

Der Gerber Spohn in Marbach besitzt daselbst ein Wohnhaus nebst Gerberwerkstätte, früher eine Wette, welcher mittelst einer Dohlenleitung das Abwasser vom Neckarthorbrunnen zugeleitet wird. Die vorgenannte Wette war seiten eines Rechtsvorfahrers des Spohn, des Gerbers Färber, am 17. Sept. 1789 von der Stadtgemeinde im Tauschwege zur Ueberbauung mit einer Gerberwerkstätte erworben worden, wobei unter Anderem die Bestimmung getroffen worden war, daß der Erwerber die Dohle durch die Stadtmauer stets zu erhalten habe und beim Ablassen des Brunnens den Lauf des Wassers niemals hindern dürfe. Seit dieser Zeit wurde das Abwasser aus dem städtischen Brunnen von Färber und seinen Rechtsnachfolgern unbeanstandet bezogen. Erst im Jahr 1866 er-

[1] Vergl. dieses Archiv Bd. XIV., S. 107 ff.; Bd. XV., S. 134 ff.

hoben sich Anstände wegen des Abwassers, indem Spoun für sich und alle späteren Besitzer seines Hauses das Recht auf das ganze Abwasser des städtischen Neckarthorbrunnens beanspruchte, während seiten der Stadt dem Spoun ein solches Recht bestritten und geltend gemacht wurde, daß die Gemeinde jeder Zeit das Verfügungsrecht über dieses Wasser sich wahren müsse, wie sie solches auch bisher gehabt habe; in dem Magistratsprotokoll von 1789, welches den Vertrag über die Wette enthalte, sei auch von der Einräumung eines solchen Rechtes auf das Wasser keine Rede. In Folge dieser Weigerung der Stadt, sein Recht anzuerkennen, erhob Spoun Klage gegen die Stadtgemeinde auf Anerkennung des dinglichen und ausschließlichen Rechtes der Wasserleitung und des Bezuges des aus dem Neckarthorbrunnen in seine Werkstätte abfließenden Wassers. Die Klage wurde vorzugsweise auf den Vertrag von 1789 gestützt, welcher sich nicht anders erklären lasse, als daß dem Gerber Färber für sich und seine Rechtsnachfolger für alle Zeiten das Recht auf das zu der Gerberwerkstätte benöthigte Abwasser überlassen worden sei.

Die Klage wurde abgewiesen und besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Ganz abgesehen davon, daß das gerichtliche Erkenntniß über den Vertrag vom 17. Sept. 1789 nicht ausdrücklich nachgewiesen ist, enthält dieser Vertrag die Bestellung der in Rede stehenden Dienstbarkeit nicht. Er spricht nur von „der Ueberlassung von 2½ Ruthen Platz von der Wette zum Ueberbauen mit einer Gerberwerkstätte", sagt aber nichts davon, daß dem damaligen Besitzer des klägerischen Anwesens, dem Chr. Färber, auch ein Recht auf den Bezug des aus dem Stadtbrunnen ablaufenden Abwassers eingeräumt worden sei. Man kann zwar unterstellen, daß bei Schließung des gedachten Vertrages stillschweigend davon ausgegangen wurde, daß der Käufer der ehemaligen Wette das dieser zufließende Abwasser für seine auf diesem Platze zu errichtende Gerberwerkstätte benützen dürfe. Allein

hierin, in der Gewährung dieses Wasserbezuges, lag noch nicht die Einräumung einer förmlichen Gerechtigkeit, und kann eine solche um so weniger angenommen werden, als dieselbe im Vertrage in keinerlei Weise irgend einen genügenden und zuverläßigen Ausdruck gefunden hat, und als es bei Stadtgemeinden häufig vorkommt, daß sie ihren Bürgern, namentlich solchen, welche Gewerbe betreiben, aus den städtischen Brunnen Wasser zukommen lassen, ohne daß ihnen hiemit ein förmliches Dienstbarkeitsrecht verwilligt wird. Da die städtischen Brunnen den Zweck haben, dem allgemeinen Wasserbedürfnisse der Gemeinde in den verschiedensten Beziehungen zu dienen, und es Obliegenheit der Gemeindebehörden ist, dafür zu sorgen, daß dieser Zweck keine Beeinträchtigung erleide und auch die künftigen Bedürfnisse im Auge behalten werden, so kann, wenn einzelnen Bürgern der Bezug ihres Wasserbedarfes aus städtischen Brunnenwerken gestattet wird, ohne besondere dringende Gründe nicht unterstellt werden, daß hiedurch ein anderes, als sonst zwischen der Gemeinde und den Bürgern bestehendes Verhältniß begründet, ein unwandelbares und unwiderrufliches Recht, ein Recht eingeräumt werden wollte, wie solches unter Privaten vorkommt. Um das Gegentheil annehmen, um davon ausgehen zu können, die Gemeindebehörden haben, als sie solche einzelne Bürger und Gewerbtreibende das nöthige Wasser aus den öffentlichen Brunnen beziehen ließen, sich hiedurch für immer rechtlich binden, ein unwiderrufliches Recht verstatten wollen, müßten Umstände vorhanden sein, welche ganz entschieden hiefür sprechen. Solche Umstände liegen aber hier nicht vor. Der Vertrag vom 17. Sept. 1789 sagt, wie schon erwähnt, nichts davon, daß Färber in Ansehung des in die Wette fließenden Abwassers und der Benützung desselben zu seinem Gewerbe ein Dienstbarkeitsrecht eingeräumt werde, und wenn es daselbst auch heißt „Färber habe den Dohl, der Stadtmauer zu, in guten Stand zu stellen, und auf seine Kosten, also immer zu erhalten", so kann hieraus allein

auf jene Einräumung mit Sicherheit um so weniger geschlossen werden, als mit der thatsächlichen Verstattung des Wasserbezuges, wozu sich die Gemeinde auch jetzt noch versteht, den Besitzern der Gerberei gleichfalls gedient war, und alsdann die Bestimmung hinsichtlich der fortwährenden Unterhaltung der Dohle ihren Sinn, die Bedeutung gehabt hat, daß die Dohle, so lange jener thatsächliche Zustand fortdauere, von den Besitzern des klägerischen Anwesens zu unterhalten sei.

**Entscheidung des Obertribunals vom 8. März 1873 in der Berufungssache Spoun c. Marbach.**

3) Welches Recht entscheidet für die Natur von Besoldungsansprüchen als Reallast?

Der gräfliche Rentbeamte E. in Heggbach, O.A. Biberach, welcher im Jahr 1851 von dem Grafen Hugo von W. B. als Revisor bei der gräfl. Domänendirektion in München angestellt und im Jahre 1853 zum Rentbeamten in Heggbach unter Belassung in seinen Gehaltverhältnissen befördert worden war, liquidirte in dem bei dem Oberamtsgericht Biberach anhängigen Gante seines Dienstherrn, des Grafen von W. B., seinen nach §. 18 der Beilage IX zur bayerischen Verfassungsurkunde lebenslänglichen Standesgehalt u. s. w. und zwar als eine auf der Herrschaft Heggbach haftende Reallast, indem er geltend machte, daß nach bayerischem Rechte jeder Gehalt eines standesherrlichen Beamten eine auf den standesherrlichen Gütern radizirte Reallast sei. Das bayerische Recht aber sei maßgebend, weil der Dienstvertrag des Liquidanten in Bayern abgeschlossen worden sei. Von Seiten des Kontradiktors wurde das Bestehen einer dinglichen Berechtigung und die Anwendbarkeit des bayerischen Rechtes bestritten, indem vielmehr das Recht der gelegenen Sache entscheidend sei. Letztere Ansicht wurde auch von dem Obertribunal als gegründet erkannt und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe:

Ueber die Frage, ob die Besoldungs- und Pensions-

ansprüche des Rentbeamten E. vermöge Gesetzes als Reallast auf der Herrschaft Heggbach haften, entscheidet nicht das bayerische, sondern das württembergische Recht, als das Recht der gelegenen Sache. Denn, wenn auch eine Reallast eine obligatorische Leistungsverbindlichkeit ist, so liegt dieselbe doch dem Besitzer des Gutes, auf welchem sie radizirt ist, als solchem ob, sie ist aus dem Gute zu leisten und gilt daher dieses als verhaftet. Insoweit kommen daher die Reallasten den dinglichen Rechten an Liegenschaften gleich und ist auch bei ihnen der rücksichtlich der dinglichen Rechte anerkannte Grundsatz, wonach sie nach dem Rechte des Ortes der gelegenen Sache zu beurtheilen sind, zur Anwendung zu bringen.[1] Nach württembergischem Rechte sind aber die Besoldungen und Pensionen standesherrlicher Beamten von Gesetzes wegen keine Reallasten.

**Entscheidung des Obertribunals vom 14. Oktober 1872 in der Berufungssache Eder c. Heß und Genossen.**

### 4) Kompensation im Konkurs.

Dem Richard Kölle in U., gegen welchen auf Insolvenzerklärung vom 30. März 1872 am 8. Mai 1872 der Gant erkannt worden, stand gegen seinen Bruder Louis Kölle laut der Theilung des elterlichen Nachlasses vom 11. April 1865 eine zu $4^1/_2$% verzinsliche Erbverweisungsforderung von 5601 fl. zu, welche durch Zahlung des Schuldners auf 5300 fl., verzinslich vom 1. Juni 1871 an, sich verringert hatte. Während das Kapital auf Seite des Gläubigers bis 1. Juni 1870 unaufkündbar war und von da an auf vierteljährliche Kündigung stand, waren dem Schuldner von Anfang an Theilzahlungen, übrigens ebenfalls unter Einhaltung einer vierteljährigen Kündi-

[1] Savigny, System Bd. VIII. S. 169 ff.; Wächter, Handbuch des württ. Privatrechtes Bd. II. S. 161; Unger, System des österr. Privatrechtes Bd. I. S. 171; Bar, internationales Privatrecht §. 57 S. 188 ff.

gungsfrist, gestattet. Anderer Seits war Richard Kölle laut Schuldurkunde vom 1. Sept. 1870 dem Jakob Mack ein zu 6% verzinsliches Darlehen von 5350 fl. auf Ein Jahr schuldig geworden, wofür sich Louis Kölle als Selbstschuldner und Selbstzähler verbürgt hatte. Als, nach Verfall der Schuld, Mack den Bürgen auf Zahlung drängte, traf dieser am 23. März 1872 — also kurz vor der Insolvenzerklärung des Richard Kölle — zugleich zu seiner Sicherheit ein Abkommen mit Mack, wodurch er die Schuld auf sich allein übernahm und, wie die hierüber ausgestellte Schuldurkunde besagt, damit die Schuld des Richard Kölle bezahlte, in der Absicht, dieser Schuldübernahme wegen sich mit seinem Bruder zu begleichen. Zugleich bekannte Louis Kölle die auf 5400 fl. abgerundete Summe wie eine eigene Darlehensschuld dem Jakob Mack schuldig geworden zu sein. Der alte Schuldschein wurde abquittirt und dem Louis Kölle zurückgegeben mit der darauf gesetzten Bemerkung, es werde der Schuldschein, nachdem Louis Kölle diese Schuld auf sich übernommen und einen neuen Schuldschein ausgestellt, demselben als erloschen zurückgegeben. Louis Kölle verständigte sofort seinen Bruder Richard von dem getroffenen Uebereinkommen mit dem Anfügen, daß er die übernommene Schuld gegen dessen Verweisungsforderung begleichen wolle. Hierauf gab Richard Kölle noch an demselben Tage seinem Bruder die schriftliche Erklärung, daß er, nachdem Louis Kölle die Schuld des Richard Kölle von Jakob Mack übernommen habe und hiefür Schuldner geworden sei, anerkenne, daß die Erbverweisschuld des Louis Kölle an ihn mit 5000 fl. durch Kompensation erloschen sei. Damals war übrigens Richard Kölle bereits materiell insolvent, da die kurz darauf vorgenommene Vermögensuntersuchung eine Insolvenz von circa 80,000 fl. ergab, und es war dieß nicht nur dem Richard Kölle selbst bekannt, sondern es hat auch Louis Kölle nicht bestritten, daß er ernstliche Zweifel an der Zahlungsfähigkeit seines Bruders gehabt habe.

Im Gante des Richard Kölle zog Louis Kölle auf den gegen ihn erhobenen Anspruch auf Bezahlung der Erbverweisschuld in die Masse das Bestehen dieser Schuld in Abrede und wandte auf die seiten der Gläubigerschaft des Richard Kölle erhobene gerichtliche Klage auf Bezahlung der Verweisschuld ein, daß die eingeklagte Forderung durch das von Richard Kölle am 23. März 1872 abgegebene Anerkenntniß erloschen sei. Der Beklagte habe vor diesem Tage seines Bruders Schuld gegen Mack im Wege der Expromission übernommen. Durch die Befreiung des Richard Kölle von der verfallenen und angeforderten Schuld gegen Mack sei ihm ein sofort fälliger Regreßanspruch an Richard Kölle erwachsen, welchen er zur Kompensation habe benützen können. Von diesem Rechte habe er durch die dem Richard Kölle am 23. März gemachte Eröffnung Gebrauch gemacht und dadurch sei die Verweisungsforderung getilgt worden[1], ohne daß es noch einer Zustimmungserklärung des Richard Kölle bedurft habe, welcher durch seine Zustimmung nur einer Verpflichtung nachgekommen sei, der er sich nicht habe entziehen können.

Klägerischer Seits wurde das Kompensationsrecht des Beklagten bestritten, es wurde in Abrede gezogen, daß das Abkommen des Beklagten mit Mack als Expromission aufzufassen sei, da der Beklagte als Selbstschuldner nur seine eigene Schuld übernommen habe. Uebrigens sei die Absicht der Kompensation in dem Abkommen mit Mack nicht äußerlich geworden und sei hiezu jedenfalls die Zustimmung des Richard Kölle erforderlich gewesen. Diese aber, welche in der Urkunde vom 23. März 1872 enthalten sei, unterliege der Anfechtung mittelst der Paulianischen Klage.

Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen und es besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Der Beklagte hat dadurch, daß er die am 1. Sept. 1871 fällige Schuld des Richard Kölle an Jakob Mack,

für welche er Bürge und Selbstschuldner war, am 23. März 1872 auf sich übernommen, und wie die Urkunde es ausdrückt, damit die Schuld des Richard Kölle bezahlt hat, diesen von seiner Schuld gegen Mack befreit, wie dieß auch darin seinen Ausdruck gefunden hat, daß der Gläubiger nach Ausstellung der neuen Schuldurkunde den Schuld- und Bürgschein vom 1. September 1870 als erloschen zurückgegeben hat. Hiedurch hat Beklagter eine Ersatzforderung an Richard Kölle im Betrage von 5350 fl. nebst Zinsen zu 6% vom 1. September 1871 bis 23. März 1872 erworben. Wenn eingewendet wird, daß Beklagter nicht als Expromittent eine fremde Schuld, diejenige seines Bruders, übernommen, sondern, weil er Selbstschuldner gewesen, nur für eine eigene Schuld Borgfrist erwirkt habe, so ist dieß darum unrichtig, weil Beklagter, indem er sich als Selbstschuldner verbürgte, nur dem Gläubiger gegenüber auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, womit seiner Verbindlichkeit der accessorische Charakter in keiner Weise benommen wurde,[1] so daß die am 23. März 1872 übernommene Hauptschuld in der That für ihn eine fremde war. Indem aber der Beklagte in dieser Weise den Richard Kölle von seiner Schuld gegen Mack definitiv befreite, hat er jedenfalls nach den Grundsätzen der Geschäftsführung eine sofort klagbare Forderung an Richard Kölle auf Erstattung desjenigen Betrages, um welchen sein Vermögen vermindert wurde, erworben, ohne daß es darauf ankommt, ob er den Gläubiger durch Baarzahlung oder aber durch Uebernahme der Schuld als einer eigenen zufriedengestellt hat.[2] Mittelst dieser Forderung aber konnte der Beklagte gegen die Erbverweisforderung kompensiren. Denn, wenngleich er eine vierteljährige Kün-

[1] Seuffert, Archiv Bd. III., Nr. 167; Bd. IV. Nr. 226.

[2] l. 28 D. neg. gest. (3, 5): „id ei abesse videtur, in quo obligatus est.“ l. 18 D. de fidejussoribus (46, 1); Sintenis, Civilrecht, 1. Aufl, Bd. II, §. 129. Note 18; vergl. Württ. Archiv Bd. III. S. 395 f.

digungsfrist zu beobachten hatte, so war er hiedurch doch nicht gehindert, seine Schuld jederzeit abzutragen, während sein Gläubiger aus jener Bestimmung nur das Recht auf einen Vierteljahrszins hätte ableiten können, wovon es sich aber hier nicht handelt.[3] Konnte der Beklagte am 23. März 1872 seine Schuld an Richard Kölle zahlen, so konnte er ebenso seine Gegenforderung dagegen aufrechnen,[4] und nachdem er noch vor Ausbruch des Gantes von diesem Rechte Gebrauch gemacht und dem nachmaligen Gemeinschuldner erklärt hat, daß er die übernommene Schuld gegen dessen Verweisungsforderung begleichen wolle, d. h. damit kompensire, so daß also schon damals alle Bedingungen der Kompensation gegeben waren, so kann Beklagter nach bekannten Grundsätzen auch nach Ausbruch des Gantes die Einrede der Kompensation mit der Wirkung geltend machen, daß die klägerische Forderung als schon in dem Augenblick jener Erklärung, durch welche auch für sie die Voraussetzungen der Kompensation eingetreten waren, erloschen zu betrachten ist.[5] Demnach kann es nicht darauf ankommen, ob der nachmalige Gemeinschuldner, wie er im vorliegenden Falle allerdings gethan hat, am 23. März 1872 seine Forderung als durch Kompensation erloschen anerkannt hat.

Ebendeßwegen aber kann auch von einer Anfechtung dieses Aktes, als eines wegen der den Parteien bereits bekannten Insolvenz des Richard Kölle widerrechtlich zum Nachtheil der übrigen Gläubiger vorgenommenen, nach den Grundsätzen der paulianischen Klage, beziehungsweise des Art. 51 des Einführungsgesetzes zum deutschen Handelsgesetzbuche nicht die Rede sein: denn einerseits ist die

[3] Württ. Arch. Bd. XII. S. 52, 62 u. 63.

[4] Sintenis, a. a. O. §. 104. Nr. 25, 17. S. 418, 416; Krug, die Lehre von der Kompensation S. 181; Seuffert, Archiv Bd. II. Nr. 117; Württ. Archiv Bd. X, S. 264 Nr. 8.

[5] Seuffert, Archiv Bd. II. Nr. 117; Württ. Archiv Bd. X. S. 264 f., S. 420; Bd. XI. S. 150.

Handlung des Gemeinschuldners, das fragliche Anerkenntniß, ein für die Wirksamkeit der Kompensationseinrede rechtlich indifferenter Akt und ist es gleichgiltig, ob sie einer Anfechtung unterliegen könnte oder nicht; andererseits aber dient das paulianische Rechtsmittel (abgesehen von den besonderen Ausnahmefällen des Art. 24 des Gesetzes vom 5. September 1839) nur zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welcher im Stande bewußter Insolvenz verpflichtet ist, allen seinen Gläubigern gleichmäßig gerecht zu werden, nicht aber zur Anfechtung selbstständiger Rechtshandlungen dritter Personen,[6] also insbesondere auch nicht eines Bürgen, welcher eine ihm für den Gemeinschuldner obliegende Verbindlichkeit, wie er rechtlich verpflichtet ist, tilgt und dadurch einen Ersatzanspruch an den Gemeinschuldner erlangt, welchen er nun durch Kompensation zu realisiren im Stande ist, und ebensowenig Desjenigen, welcher, um sich das Kompensationsrecht behufs Tilgung seiner noch nicht verfallenen Schuld zu wahren, erklärt hat, daß er von diesem Rechte Gebrauch mache.

Demzufolge ist die Einrede des Beklagten, daß die von der Gläubigerschaft des Richard Kölle verfolgte Erbverweisungsforderung durch Kompensation erloschen sei, statthaft und, sofern die Gegenforderung des Beklagten mehr beträgt, als die klägerische Forderung, sachlich begründet.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. April 1875 in der Berufungssache der Rich. Kölle'schen Gläubigerschaft c. Louis Kölle.

### 5) Verjährung einer im Gante des Schuldners durchgefallenen Forderung.

Von dem Obertribunal ist schon mehrfach ausgesprochen worden, daß eine im Gante durchgefallene Forderung so lange, als der Schuldner nicht in bessere Vermögens-

---

[6] Vgl. Dernburg, Geschichte und Theorie von der Kompensation, 2. Auflage, S. 432 f.; Württ. Archiv Bd. XIV. S. 142 ff.

umstände gekommen, welche seinen Wiederangriff möglich und zulässig machen, der Verjährung nicht unterworfen sei. Es wurde hiefür geltend gemacht, daß für den im Gante durchgefallenen Gläubiger die Gantverweisung die Bedeutung habe, daß in Beziehung auf seine Forderung das Exekutionsverfahren zur Zeit eingestellt sei. Ein solcher Gläubiger könne den Antrag auf Exekution nicht sofort erneuern, sondern erst dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen ein Wiederangriff des verganteten Schuldners überhaupt zulässig sei, eingetreten seien, d. h. wenn sich die Vermögensumstände des Schuldners insoweit, als es zum Wiederangriff nach den Gesetzen erfordert werde, verbessert haben. Bis zu diesem Zeitpunkte sei die Geltendmachung des Nachforderungsrechtes des Gläubigers suspendirt und wenn er dieses Recht ausschließen wolle, so habe er vor Allem darzuthun, daß die Bedingung der Ausübung desselben, die Verbesserung der Vermögensumstände des Schuldners eingetreten sei. So lange aber dem Gläubiger die rechtliche Möglichkeit, sein Nachforderungsrecht geltend zu machen, entzogen sei, ruhe die Verjährung.

Diese Sätze, welche zunächst in Fällen, in welchen dem Wiederangriff des Gantmannes die Rechtswohlthat des Nothbedarfes entgegenstand, angewendet worden waren, wurden auch in dem Falle für anwendbar erklärt, wenn die Rechtswohlthat des Nothbedarfes nicht platzgreife. Denn auch dann, wenn dem Schuldner diese Rechtswohlthat nicht zukomme, sei die Ausübung des Nachforderungsrechtes des durchgefallenen Gläubigers dadurch bedingt, daß der Schuldner neues Vermögen erworben habe, der Gläubiger, welcher sein Nachforderungsrecht ausüben wolle, habe auch hier zur Begründung seines Antrages darzuthun, daß jene Bedingung eingetreten sei, und der Schuldner habe das Recht zu verlangen, daß er unbelästigt bleibe, so lange jener Nachweis nicht geliefert werde. Der Unterschied in beiderlei Fällen sei nur der, daß der Schuldner

bei der Rechtswohlthat des Nothbedarfes ein beträchtlicheres neues Vermögen erworben haben und daß ihm davon das zum Bedarf seines Lebensunterhaltes Erforderliche gelassen werden müsse. In beiden Fällen sei aber der Gläubiger verhindert, seinen Exekutionsantrag zu erneuern, so lange ein neuer Vermögenserwerb nicht stattgefunden habe, und dieses Hinderniß sei auch da, wo dem Schuldner keine Rechtswohlthat zu Statten komme, als ein rechtliches Hinderniß zu betrachten, sofern auch in diesem Falle die Befugniß des Gläubigers, sein Nachforderungsrecht auszuüben, durch den Nachweis eines neuen Vermögenserwerbes bedingt sei.[1]

Diesen früheren Fällen ist der gegenwärtige Fall gleichzustellen, in welchem es zwar nur zur Vermögensuntersuchung gegen den Schuldner gekommen ist, ein weiteres Verfahren aber nur deßhalb nicht stattfand, weil nicht bloß die wiederholten Exekutionsversuche der Ortsbehörde gegen den Schuldner erfolglos geblieben waren, indem bei demselben lediglich keine vermögensrechtlichen Objekte, als welche er am Leibe trug, aufgefunden werden

[1] Vergl. Württ. Archiv Bd. X. S. 136—138; Seuffert, Archiv Bd. XXII., Nr. 285. — Gegen die Argumentation im Texte dürften sich Bedenken erheben lassen; denn in denjenigen Fällen, in welchen dem Schuldner die Einrede der Kompetenz nicht zusteht, ist der Wiederangriff desselben durch den Erwerb neuen Vermögens nur thatsächlich, nicht rechlich, und nur insofern bedingt, als eine Exekution so lange nicht anschlagen kann, bis der Schuldner überhaupt wieder Vermögen erworben hat; während in den Fällen, wo dem Schuldner das beneficium competentiae zur Seite steht, ein rechtliches Hinderniß dem Wiederangriff des Schuldners insolange entgegensteht, als derselbe nicht einen neuen erheblichen Vermögenserwerb (modicum aliquid) gemacht hat. In letzterem Falle hat der Schuldner eine civilrechtliche Einrede, über welche durch ein der Rechtskraft fähiges Urtheil zu entscheiden ist, im ersteren Falle ist nur die Exekution thatsächlich unmöglich, was der Entscheidung der Exekutionsbehörde anheimfällt. Bei diesem wesentlichen Unterschiede wird es als fraglich zu betrachten sein, ob die Gleichstellung der Fälle bei der Verjährungsfrage sich rechtfertigen läßt.

konnten, sondern weil auch bei jener Vermögensuntersuchung eine Aktivmasse so wenig sich ergab, daß nicht einmal die Kosten gedeckt werden konnten, während die Gläubiger mit zusammen 460 fl. 46 kr. aufgetreten waren. Wenn daher durch Beschluß des Stadtgerichtes vom 27. Juni 1863 das weitere Verfahren gegen den Schuldner eingestellt wurde, so war dieß für den Gläubiger ein noch ungünstigerer Ausgang als bei einem Gante, insofern schon aus Mangel an allem und jedem Aktivvermögen ein Gant gar nicht hatte eingeleitet werden können, und das Exekutionsverfahren gegen den Schuldner blieb mindestens ebenso erfolglos und mußte bis auf Weiteres ebenso eingestellt werden, wie dieß beim Durchfall im Gante der Fall ist. Es ergibt sich daher, daß in Folge dieses Ausfalls des Verfahrens gegen den Schuldner die Gläubiger den Antrag auf Exekution bis auf Weiteres in so lange nicht erneuern konnten, als nicht dieselben gesetzlichen Voraussetzungen für den Wiederangriff wie bei einem Verganteten eintraten, d. h. so lange nicht der Schuldner in bessere Vermögensumstände gelangte und neues Vermögen, welches angegriffen werden konnte, erwarb und zwar ohne daß es zunächst darauf ankommt, ob der Schuldner die Rechtswohlthat des Nothbedarfes anzusprechen hatte oder nicht. Die Ausübung des Nachforderungsrechtes des Gläubigers ward daher suspendirt und diesem die rechtliche Möglichkeit und die Befugniß, dieses Nachforderungsrecht geltend zu machen, entzogen, wie umgekehrt für den Schuldner das Recht entstand, zu verlangen, daß er bis zu neuem Vermögenserwerb unbelästigt gelassen werde. Damit ist auch von selbst ausgeschlossen, daß von einem bloßen Ruhen oder Ruhenlassen der Klage die Rede sein könnte, indem das Ruhen der Klage im Sinne des Art. 24 der Exekutionsnovelle vom 3. Nov. 1855 ganz andere thatsächliche Voraussetzungen hat und ein Ruhenlassen der Klage im Sinne des Art. 7 des Gesetzes vom 6. Mai 1852 von dem freien Willen des Gläubigers ausgegangen sein muß.

Demgemäß konnte die Verjährung der klägerischen Forderung von den am 3. Februar und 16. April 1863 vor der Behörde abgelegten Anerkenntnissen des Schuldners und von dem damaligen Schuldenverfahren der Behörde an nicht zu laufen beginnen und zwar so lange, als nicht konstatirt wurde, daß das dem Beginne der Verjährung entgegenstehende Hinderniß gehoben war. Da der Beklagte, nachdem er seit dem Winter 1863/64 mit unbekanntem Aufenthalte außer Landes abwesend war, erst am 11. August 1871 wieder im Lande erschienen ist und seit dieser Zeit, wie er zugibt, von seinem Vermögen hier lebte, so kann mit dem Kläger nur so viel als konstatirt angenommen werden, daß der Beklagte seit dem 11. August 1871 im Besitze solcher Vermögensmittel sich befunden hat und noch befindet, daß er wieder angegriffen werden kann, folglich das Hinderniß der Erneuerung der Klage des Gläubigers seit dieser Zeit hinweggefallen und die Verjährung von da an in Lauf getreten ist. Da aber dieser Lauf durch die Klagerhebung vom 21. August 1872 unterbrochen wurde, so hat ein Ablauf der dreijährigen Verjährungszeit nicht stattgefunden und es hätte von einer Verjährung nur dann die Rede sein können, wenn der Beklagte, wie von ihm nicht geschehen ist, behauptet und bewiesen hätte, daß er ein zum Wiederangriff geeignetes Vermögen schon drei Jahre vor der jetzigen Klage erworben gehabt habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. März 1873 in der Berufungssache Kollmar c. Leix.

6) Liegenschaftsgesetz; mangelnde Unterschrift eines wesentlichen Beisatzes auf der Vertragsurkunde.

In einer über den Kauf eines Bauplatzes unter dem 3. April 1872 aufgenommenen Urkunde war unter der Unterschrift der Kontrahenten noch beigesetzt: „Nachdem über diesen Kaufvertrag gerichtlich erkannt ist, hat Käufer

das Recht, ungehindert darauf zu bauen", es war aber dieser Beisatz nur vom Verkäufer unterschrieben. Als der Letztere gegen den Käufer auf Bezahlung des Kaufschillings klagte, wurde von diesem eingewendet: in dem Nachtrage zu dem Vertrage sei dem Käufer das Recht zum ungehinderten Bauen verschafft; sei dieser Nachtrag wegen der mangelnden Unterschrift des Käufers nicht giltig, so müsse auch der ganze Vertrag ungiltig sein. Denn der Beklagte habe während der Vertragsunterhandlungen dem Mayer erklärt, daß er nur kaufe, wenn er auf dem Vertragsobjekte ungehindert bauen dürfe, was ihm der Kläger sofort zugesagt habe, und als bei der Verlesung des Vertrages dieser Punkt gefehlt, habe Kläger auf Verlangen des Beklagten denselben noch beigesetzt. Die Kontrahenten hätten also diesen Punkt als einen wesentlichen Bestandtheil des Vertrages erklärt und könne somit entweder der Vertrag nur mit dieser Bestimmung giltig oder müsse er mit ihr ungiltig sein. Das Obertribunal war anderer Ansicht und bemerkte dießfalls in den Urtheilsgründen:

Der Vertrag vom 3. April 1872 ist schriftlich aufgesetzt und von beiden Kontrahenten unterzeichnet, der Nachtrag zu demselben aber, welcher sich nach seiner äußeren Stellung, wie nach seinem Zusammenhang mit dem Vertrage als eine nebensätzliche Zusatzberedung darstellt, ist bloß vom Verkäufer unterzeichnet worden. Nach Maßgabe des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes vom 23. Juni 1853 ist daher der Vertrag selbst giltig, der Nachtrag aber, weil er nicht von beiden Theilen unterzeichnet ist, hat keine Giltigkeit erlangt, wenn auch die Kontrahenten mit dem Inhalte einverstanden gewesen sein sollten, weil, was vom Gesetze wegen mangelnder Förmlichkeit in seiner Entstehung für nichtig erklärt ist, durch den bloßen Konsens der Betheiligten nicht nebenher dennoch Geltung gewinnen kann. Ganz unrichtig und unerheblich ist diesem gegenüber die Aufstellung des Beklagten, daß, weil angeblich zwischen ihm und dem Kläger das Recht, ungehindert bauen zu

können, als eine wesentliche Bedingung des Vertrages verabredet worden sei, der Vertrag vom 3. April 1872 entweder nur mit dieser Bestimmung, welche im Nachtrag ausgedrückt sei, giltig sein könne, oder aber nach seinem ganzen Bestande ungiltig sein müsse. Denn das Gesetz wollte gerade solche Einwendungen gegen den schriftlichen Vertrag, welche aus der Nichtaufnahme mündlicher Stipulationen hergeleitet werden, ausgeschlossen wissen und erkennt deßhalb nur diejenigen Verabredungen, welche und soweit sie in die Vertragsurkunde aufgenommen und von beiden Theilen unterzeichnet sind, als Bestandtheile des Vertrages an; was dagegen in den Vertrag nicht aufgenommen oder nicht von beiden Kontrahenten unterzeichnet ist, gilt nicht als Vertrag und wird als nicht existirend betrachtet, gleichviel von welcher Art und Bedeutung es für den Vertrag wäre. Wenn daher auch eine Beredung der behaupteten Art stattgefunden hätte, so würde sie keine Giltigkeit erlangt haben, und könnte auf Inhalt und Rechtsbestand des Vertrages vom 3. April 1872 weder in dem Sinne, daß sie zugleich mit diesem gälte, noch in der Richtung, daß ihre Ungiltigkeit auch die Ungiltigkeit des Vertrages vom 3. April 1872 nach sich zöge, von Einfluß sein.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. März 1873 in der Berufungssache Thierer c. Haarburger.

7) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Vertragsgegenstandes in der Vertragsurkunde.[1]

In einer Kaufsurkunde war der Vertragsgegenstand dahin bezeichnet:

1) K. XXI. 10 im Hasenberg $\frac{6492}{1}$

$^1/_8$ M. 6,0 Rth. Gras- und Baumgarten, Bauplatz an der Reinsburgstraße.

---

[1] Vgl. Württ. Archiv Bd. III. S. 140 ff.; Bd. VI. S. 181 ff.; Bd. VIII S. 119 ff.; Bd. X., S. 434 ff.; Bd. XII. S. 235 ff.; Bd. XIII. S. 154 ff.; Bd. XIV. S. 372; Bd. XV. S. 142 ff.; Tafel, Civilrechtssprüche Bd. III. S. 255 ff.; Bd. V. S. 230 f.

2) K. XXI. im Hasenberg, von Parz. 6493 abgehend Parz. $\frac{6493}{2}$ — 45,0 Rth. Gras- und Baumgarten, Bauplatz an der Reuchlinstraße.

Der Käufer machte zur Begründung seiner Weigerung, den Kaufvertrag zu halten, geltend, daß diese Bezeichnung der Vorschrift des Liegenschaftsgesetzes nicht entspreche, da durch solche die Vertragsobjekte nicht genügend erkennbar seien; das für beide Parzellen angegebene Gewand „Hasenberg" sei groß und es seien die Nebenlieger dieser Parzellen nicht angegeben, so daß man nicht entnehmen könne, wo diese beiden Güterstücke liegen. Ferner sei aus der Urkunde nicht ersichtlich, was von der Parzelle 6493 als Parzelle $\frac{6493}{2}$ abgehe, diese Unterparzelle sei nicht ins Landeskataster eingetragen, und auch auf das Güterbuch sei dabei nicht verwiesen.

Diese Einwendung wurde als ungegründet verworfen und in den Entscheidungsgründen des Obertribunals dießfalls ausgeführt:

Die beiden Vertragsobjekte sind in der Vertragsurkunde je mit der Kartennummer, dem Gewand (Hasenberg), der Parzellennummer, dem Meßgehalt und der Kulturart, d. h. mit denjenigen Merkmalen der Gattung, der Art, der Lage und des Umfangs bezeichnet, welche in der Markungskarte und im Primärkataster gesetzlich erfordert werden und vollständig genügend sind, um diese Objekte ganz bestimmt und unfehlbar erkennbar zu machen und von jedem anderen Güterstücke der Markung zu unterscheiden. Es sind dieß dieselben Merkmale, auf welche sich auch jeder Güterbuchseintrag zu stützen hat. Dagegen ist nicht nöthig und nirgends vorgeschrieben, daß auch solche Zusätze, welche, wie die Nebenlieger, bloß im Güterbuche beigefügt werden, also mit anderen Worten der Güterbuchsbeschrieb in seinem ganzen Umfang, in die Vertragsurkunde aufgenommen werde, weil nicht der Güterbuchs-

beschrieb, sondern nur die Bestimmtheit des Objektes dargestellt sein soll. Ganz die gleichen Bezeichnungen der Vertragsobjekte sind in den beiden früheren Verträgen vom 22. August 1871 und 22. September 1871, durch welche der Kläger diese Objekte von seinen Besitzvorgängern käuflich erworben hatte, angewendet und wurden dieselben damals vom Gemeinderathe bei seinen gerichtlichen Erkenntnissen über diese Verträge vom 25. August und 29. September 1871 für vollkommen genügend erkannt und sofort in das Güterbuch selbst Theil 71 S. 288 auf den Namen des Klägers unverändert eingetragen. Der Einwand, daß die Vertragsobjekte ungenügend bezeichnet seien, ist daher grundlos. Ebenso ist nach der Vertragsurkunde nicht im mindesten ungewiß, was von der Parzelle 6493 als Parzelle $\frac{6493}{2}$ abging. Wird eine Parzelle vertheilt, so entstehen nach §. 9, 21 der Ministerialverfügung vom 12. Oktober 1849, betreffend die Erhaltung und Fortführung der Primärkataster und Flurkarten, immer lauter neue selbstständige Parzellen, welchen der Geometer nach vorheriger Vermessung derselben ihre für das Primärkataster bestimmten Zahlenziffern mittelst Unternummern zu der bisherigen Parzellennummer zu geben hat, und es beruht das Auftreten solcher neu ausgeschiedener Parzellen mit neuen Ziffern stets auf der vorausgegangenen Thatsache, daß der Geometer sie vermessen und mit diesen neuen Ziffern versehen hat. Schon hieraus müßte sich also ergeben, daß die im Vertrage gebrauchte Bezeichnung als Parzelle $\frac{6493}{2}$ mit 45,0 Ruthen nicht eine erst projektirte Parzelle zum Gegenstande haben kann, sondern daß diese Parzelle eine bereits abgetrennte selbstständige Parzelle ist und daß sie mit ihrem Meßgehalte von 45,0 Ruthen bereits vermessen wurde. Es findet sich aber auch ausdrücklich bestätigt, daß die Abtheilung der Parzelle $\frac{6493}{2}$ und deren Vermessung und

zwar schon damals, als der Kläger dieses Grundstück von seinem Besitzvorgänger erkaufte, erfolgt ist, indem diese Parzelle in dem Vertrage, wodurch letzterer das Grundstück erkaufte, vom 22. September 1871 bereits so, wie jetzt beschrieben ist, als Parzelle $\frac{6493}{2}$ von 45,0 Rth., und diesem Beschriebe dort die Worte vorangeschickt sind „auf den Grund der anerkannten Meßurkunde des Geometers Lutz vom 21. August 1871, Nro. 148, von 1871/72,“ und indem eben diese Meßurkunde auch im Güterbuch unter den Nachweisungsurkunden über den Kauf vom 22. September 1871 bei der Parzelle $\frac{6493}{2}$ angeführt ist. Wenn daher die Aufführung der Parzelle $\frac{6493}{2}$ in der Vertragsurkunde vom 3. April 1872 ohne Bezugnahme auf Meßurkunde und Güterbuch erfolgte, so ist der Grund hiefür nur darin zu suchen, daß diese Erwähnung gar nicht mehr nöthig war. Da ferner die vorgenannten Urkunden die Stelle des Primärkatasters zu vertreten haben, so lange die jährliche Ergänzung desselben auf 1. Juli nicht abgeschlossen ist, so ist es eine leere Ausflucht des Beklagten, sich auf den Nichteintrag der Parzelle $\frac{6493}{2}$ im Primärkataster berufen zu wollen. Daß endlich die Ziffer $\frac{6493}{2}$ in der Zahl 93 eine Korrektur enthält, ist zwar augenscheinlich, ebenso gewiß ist aber, daß nach den vorausgehenden Worten „von Parzelle 6493 abgehend“ die Ziffer $\frac{6493}{2}$ gar nicht anders lauten konnte, als sie mittelst der Korrektur lautet; es konnte sich somit bei dieser Korrektur nur um die Verbesserung eines Schreibfehlers gehandelt haben durch den der Vertrag nicht geändert, sondern vielmehr dem Willen der Kontrahenten gemäß erst richtig gestellt wurde und bei dem es deßhalb ohne Belang

sein müßte, wenn er auch erst nach der Unterzeichnung berichtigt worden wäre.[2]

Entscheidung des Obertribunals vom 17. März 1873 in der Berufungssache Thierer c. Haarburger.

8) Liegenschaftsgesetz; Auslegung der Vertragsurkunde.

Urkunden über Liegenschaftsveräußerungen durch Kauf oder Tausch sind aus sich selbst auszulegen, wobei Vorverhandlungen, abgesehen davon, daß bis zum endgiltigen, bei Kauf- und Tauschverträgen über Liegenschaften erst mit Unterzeichnung der Vertragsurkunde erfolgenden Vertragsabschluß die Willensmeinung der Kontrahenten gegenüber von Vorbesprechungen sich ändern kann, darum nicht in Betracht gezogen werden können, weil nach dem Liegenschaftsveräußerungsgesetze vom 23. Juni 1853 der Inhalt der den Bestimmungen dieses Gesetzes gemäß abgefaßten Urkunde ausschließlich, unter Nichtbeachtung von Nebenberedungen, welche in dem Vertragsinstrumente ihren Ausdruck nicht gefunden haben, entscheidend sein soll. Ein direkter Gegenbeweis darüber, daß die Kontrahenten mündlich ein anderes Uebereinkommen besprochen haben, als die schriftliche Urkunde ein solches enthält, ist nach Maßgabe des gedachten Gesetzes unzulässig. Zwar ist die Einrede des Irrthums bei Unterzeichnung der Vertragsurkunde nicht ausgeschlossen, allein es muß der Irrthum thatsächlich zureichend begründet werden.[1]

Entscheidung des Obertribunals vom 13. Februar 1873 in der Berufungssache Schwarz c. Frisoni.

9) Die Einrede der enormen Verletzung bei Spekulationskäufen von Bauplätzen.

Christian Thierer in Stuttgart, welcher von Salomo Haarburger daselbst zwei Grundstücke im Hasenberg um den Kaufpreis von 25,000 fl. als Bauplätze zum Wieder-

[2] Württ. Archiv Bd. IX. S. 170.

[1] Dieses Archiv Bd. X. S. 449 ff.

verkauf gekauft hatte, wandte gegen die auf Bezahlung des Kaufschillings gerichtete Klage unter Anderem ein, daß er durch den Vertrag enorm verletzt sei, da bei einem Kaufpreis von 25,000 fl. der Morgen auf 100,000 fl. zu stehen käme, während er nicht halb so viel und das erkaufte Areal höchstens 10—12,000 fl. werth sei. Beklagter Seits wurde dagegen geltend gemacht, daß die Einrede der enormen Verletzung schon darum nicht Platz greifen könne, weil das Geschäft ein gewagtes Geschäft sei, als welches der Kauf von Bauplätzen in Stuttgart zu jetziger Zeit bezeichnet werden müsse. Für die Preise sei nicht mehr der wahre Werth der Sache, sondern derjenige Werth maßgebend, den die Spekulation bestimme, und welcher je nach den Aussichten auf Straßen, Eisenbahnanlage u. s. w. fortwährend schwanke, so daß ein fester Marktpreis gar nicht mehr vorhanden sei.

Dieser Ansicht trat das Obertribunal bei, indem dasselbe die Verwerfung der Einrede der Verletzung dahin begründete:

Der Beklagte hat die Vertragsobjekte als Bauplätze gekauft, welche seit einigen Jahren in der Stadt Stuttgart Gegenstand lebhafter Spekulation sind, und welche sowohl ihm gegenüber in dieser Weise verkauft wurden, als auch weiterhin von ihm selbst diesem Zwecke gewidmet werden. Bei diesem Handel mit Bauplätzen beschränken sich die Kontrahenten nicht auf den gewöhnlichen Werth des Verkaufsobjektes, sondern, indem sie über diesen hinwegsehen, wird der theils eingetretenen, theils weiter erwarteten erhöhten Nachfrage nach Baustellen und Gebäuden in Verbindung mit der persönlichen Gewandtheit des Einzelnen zu Ermittlung vortheilhafter Verkaufsgelegenheiten und zu Ausnützung eintretender günstiger Konjunkturen die Bedeutung einer mehr oder minder erheblichen, jetzigen oder künftigen, Erhöhung des Sachwerthes beigemessen und demgemäß vom Verkäufer ein gesteigerter Preis gefordert und vom Käufer in der Erwartung günstiger Chancen

bewilligt. Es steht sich daher hier nicht ein bestimmter Werth von Leistung und Gegenleistung, den man konstatiren kann, gegenüber, sondern es ist ein Hoffnungsgeschäft damit verknüpft, welches für den Käufer den bewilligten Preis erst in der Zukunft rechtfertigen muß, und darum kann von einem mit annehmbarer Sicherheit zu bestimmenden Marktpreise solcher Verkaufsobjekte nicht die Rede sein, es handelt sich vielmehr um ein gewagtes Geschäft, bei dem die enorme Verletzung ausgeschlossen ist.[1]

**Entscheidung des Obertribunals vom 17. März 1873 in der Berufungssache Thierer c. Haarburger.**

## 10) Zum Begriffe der Interzession von Frauenspersonen.

Sebastian Lehnert und Genossen verpfändeten dem Fabrikanten Binder in E. für ein Darlehen von 1000 fl. einen der Wittwe Lehnert gehörigen Kassenschein der Hohenzollerischen Spar- und Leihbank mit 1000 fl. Der von der Wittwe Lehnert gegen Binder erhobenen Klage auf Herausgabe des Kassenscheines wurde von dem Beklagten die Einrede entgegengehalten, daß ihm der Kassenschein von dem Sohne und den beiden Schwiegersöhnen der Klägerin mit deren Einwilligung in rechtsgiltiger Weise verpfändet worden sei. Diese Einrede wurde von dem Obertribunal aus folgenden Gründen verworfen:

Da das Recht, über den Kassenschein zu verfügen, ausschließlich der Klägerin zustand, so war zur Rechtsgiltigkeit der von den Darlehensempfängern vorgenommenen Verpfändung die Einwilligung der Klägerin erforderlich. Wenn aber die Klägerin in die Verpfändung eingewilligt oder dieselbe genehmigt hat, so hat sie hiemit für die Schuld der Darlehensaufnehmer interzedirt; ihre Einwilligung oder Genehmigung konnte daher giltiger Weise nur in derjenigen Form erklärt werden, welche nach den württembergischen

[1] **Seuffert Archiv Bd. III. Nr. 160, 161; Bd. IV. Nr. 213; Bd. XIII. Nr. 148; Bd. XIX. Nr. 133; Bd. XVII. Nr. 231.**

Gesetzen — nach welchen die formelle Giltigkeit des im Inland eingegangenen Geschäftes zu beurtheilen ist — für Interzessionen der Frauenspersonen vorgeschrieben ist.

Für den Begriff der Interzession, an welchem das Gesetz vom 21. Mai 1828 Art. 5 ff. nichts geändert hat, ist es gleichgiltig, ob die Klägerin die Verpfändung selbst vorgenommen oder ob sie zu der von den Schuldnern vorgenommenen Verpfändung ihre Einwilligung ertheilt hat. Denn auch im letzteren Falle hat sie durch ihren Konsens (durch die den Schuldnern ertheilte Ermächtigung) die ihrer Verfügung unterworfene Sache für eine fremde Schuld dem Gläubiger verpflichtet. In denjenigen Interzessionsfällen, in welchen die Interzession darin besteht, daß der Interzedirende die fremde Verbindlichkeit auf seine Person übernimmt, sich selbst persönlich für dieselbe verpflichtet, setzt die Interzession eine Verhandlung des Interzedenten mit dem Gläubiger (ein zwischen dem Interzedenten und dem Gläubiger abgeschlossenes Rechtsgeschäft) voraus. Bei der Interzession durch Verpfändung dagegen besteht die Interzession darin, daß nicht die Person, sondern lediglich eine Sache des Interzedenten für eine fremde Schuld obligirt wird. Diese Wirkung tritt in gleicher Weise ein, mag die Pfandbestellung unmittelbar von dem interzedirenden Dritten oder von dem Schuldner, unter Einwilligung des Dritten, vorgenommen worden sein, und daß der Begriff der Interzession im letzteren Falle ebenso zutrifft, wie im ersteren, ist in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt. — l. 8 pr. D. ad S. C. Vell. (16, 1.); l. 5, 7 Cod. ad S. C. Vell. (4, 29); l. 11. Cod. de distractione pignorum (8, 28). —

Für den Begriff der Interzession ist es ferner gleichgiltig, ob der Beklagte bei der Pfandbestellung gewußt hat oder nicht, daß die verpfändete Sache eine den Schuldnern fremde, der Klägerin gehörige Sache sei. In den Gesetzen wird der Fall, wenn eine Frauensperson auf ihren eigenen Namen, aber in der Absicht, einem Andern damit auszu-

helfen, eine Schuld aufnimmt, als Interzession behandelt, vorausgesetzt, daß dem Gläubiger jene Absicht der Frau bekannt war — l. 8 §. 14, l. 11, 12, 27, 28, 29, pr. D. ad S. C. Vell. (16, 1.) — Es wird hier ein Rechtsgeschäft, das an sich keine Interzession wäre, (sofern es den Darleiher an sich nicht berührt, wozu der Darlehensaufnehmer das Darlehen verwendet) wenigstens in Absicht auf Frauen der Interzession gleichgestellt, falls dem Gläubiger jene Absicht der Frau bekannt war.[1] Allein daraus, daß in einem Falle der fraglichen Art die Bekanntschaft des Gläubigers mit der Absicht des mit ihm kontrahirenden Schuldners zum Vorhandensein der Interzession erforderlich ist, folgt nicht, daß der Begriff der Interzession überhaupt und im Allgemeinen durch den faktischen Irrthum des Gläubigers über deren Vorhandensein ausgeschlossen werde. Ein solcher Rechtssatz wird auch in der gemeinrechtlichen Doktrin nicht aufgestellt, vielmehr wird aus den angeführten und anderen Gesetzesstellen nur der (bald enger bald weiter formulirte) Satz abgeleitet, daß der Irrthum des Gläubigers einen der Ausnahmefälle von der Regel des S. C. Vellejanum begründe, d. h. einen der Fälle, in welchem, obgleich eine wirkliche Interzession vorhanden ist, somit das Senatus Consultum an und für sich Platz greifen würde, doch ausnahmsweise die Einrede des Senatuskonsults ausgeschlossen ist.[2] Was insbesondere die Realinterzession (Interzession durch Verpfändung) betrifft, so ergibt sich schon aus der Natur dieser Interzessionsart, daß hier das Vorhandensein der Interzession durch das Wissen des Gläubigers, daß die verpfändete Sache eine fremde sei, nicht bedingt ist, und es wird auch in den Gesetzen der Fall, wenn die Sache einer Frau für eine fremde Schuld mit Einwilligung der Frau verpfändet

---

[1] Vergl. Hufnagel, Mittheilungen Bd. I. S. 396.

[2] Vergl. z. B. Windscheid, Pand. Bd. II., §. 486 Note 1; Vangerow, Pand. Bd. IV., §. 581. Anm. 1. Ziff. 5.

wurde, der Gläubiger aber nicht wußte, daß die verpfändete Sache eine einer Frau gehörige Sache sei, als wirklicher Interzessionsfall behandelt und dem Irrthum des Gläubigers (sei es überhaupt oder wenigstens im Falle des dolus der Frau) nur die Wirkung eingeräumt, daß durch denselben die Einrede des S. Cti. Vellejani, welche der Frau sonst zustehen würde, ausgeschlossen ist. — l. 5, 7, Cod. ad S. C. Vell. (4, 29), l. 11 Cod. de distractione pignorum (8, 28) —[3]. Bleibt aber der Begriff des Rechtsgeschäftes als einer Interzession ungeachtet des Irrthums des Beklagten bestehen, so fällt das Geschäft auch unter die formellen Vorschriften der Art. 5 ff. des Gesetzes vom 21. Mai 1828. Denn diese Vorschriften gelten für alle diejenigen Rechtsgeschäfte von Frauenspersonen, welche überhaupt unter den gemeinrechtlichen Begriff der Interzession fallen, mit der einzigen die Handelsfrauen betreffenden Ausnahme des Art. 6 Abs. 2, also auch für diejenigen Geschäfte, welche an sich eine Interzession enthalten, bei welchen aber nach römischem Rechte ausnahmsweise die exceptio S. Cti. Vellejani nicht Platz griff.[4] Die Einwilligung der Klägerin in die Verpfändung (oder deren nachträgliche Genehmigung) ist daher, wenn sie so, wie der Beklagte behauptet, erfolgt wäre, wegen Mangels der gesetzlichen Förmlichkeiten nichtig.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. April 1873 in der Berufungssache Binder c. Lehnert.

11) Feuerversicherung; Präklusivfrist für die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs.

Am 9. Oktober 1866 brach in dem Anwesen des Rothgerbers Hieber in B. ein Brand aus, in Folge dessen der größte Theil dieses Anwesens und des darin befindlichen beweglichen Vermögens zerstört wurde. Hieber wurde wegen

[3] Vergl. Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung Bd. VIII. S. 195 ff.

[4] Württ. Archiv Bd. XV. S. 159.

Verdachts der Brandstiftung in Untersuchung gezogen und am 13. Oktober 1866 in Haft genommen, in welcher er bis zum 9. April 1867 verblieb, an welchem Tage er durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes von der gegen ihn erhobenen Anklage frei gesprochen wurde. Hieber hatte sein bewegliches Vermögen zu Anfang des Jahres 1863 auf 10 Jahre bei der Versicherungsgesellschaft „Deutscher Phönix in Frankfurt a. M." versichert. In den allgemeinen Bedingungen, auf deren Grund der Versicherungsvertrag geschlossen wurde, war in §. 20 bestimmt:

„Alle nicht innerhalb sechs Monaten vom Tage des Brandes an entweder durch beiderseitige schriftliche Uebereinkunft festgesetzte oder durch eine förmliche und vollständige Klage des Versicherten vor dem zuständigen Civilgerichte anhängig gemachten Ansprüche auf Entschädigung sind kraft dieses Versicherungsvertrages erloschen."[1]

Schon am 17. und 18. Oktober 1866 fanden zwischen dem in Untersuchungshaft befindlichen Hieber und dem Generalagenten der Versicherungsgesellschaft in Anwesenheit des Untersuchungsrichters Verhandlungen bezüglich der zur Zeit des Brandes vorhanden gewesenen gewerblichen Vorräthe und sonstigen Fahrniß statt, wobei jedoch die nähere Schadensberechnung vorbehalten werden mußte, da der Untersuchungsrichter ein näheres Eingehen nicht gestattete. Erst nach der am 9. April 1867 erfolgten Entlassung des Hieber aus der Haft wurden die Verhandlungen wieder aufgenommen und, da solche nicht zum Ziele führten, wurde am 12. September 1867 von Hieber Klage gegen die Versicherungsgesellschaft auf Ersatz des zu 4255 fl. 45 kr. berechneten Schadens erhoben.

Bekl. Seits wurde gegen die Klage unter Anderem eingewendet, daß der Anspruch des Klägers wegen Nicht-

---

[1] Dieselbe Bestimmung findet sich in ähnlicher Weise auch in den Bedingungen anderer Versicherungsgesellschaften. Malß, Zeitschrift für Versicherungsrecht Bd. II. S. 365, Note 59.

beobachtung der Vorschrift des §. 20 der allgemeinen Bedingungen erloschen sei, sofern eine beiderseitige schriftliche Uebereinkunft über die Schadensfestsetzung nicht zu Stande gekommen und die Klage erst im September 1867 anhängig gemacht worden sei. Der Kläger habe daher die kontraktliche Bedingung des §. 20 nicht eingehalten, während die Gesellschaft hieran ein Interesse habe, weil innerhalb einer dem Brandunglück näher liegenden Zeit die Beweismittel leichter beigebracht werden können. Nur wenn die Klageerhebung für den Kläger unmöglich gewesen wäre, hätte es sich fragen können, ob dieß dem Kläger zu Statten komme, während derselbe nicht einmal einen Versuch gemacht habe, während seiner Haft die Klage zu erheben. Dabei sei übrigens hervorzuheben, daß es sich hier nicht um eine Verjährungsfrist handle, die Grundsätze über das tempus utile aber bei einer Konventionalstrafe nicht zur Anwendung kommen.

Klägerischer Seits wurde dem entgegengehalten, daß die Bestimmung des §. 20, welche den Bestand des Anspruchs des Versicherten an die Geltendmachung innerhalb der Frist von sechs Monaten vom Tage des Brandes anknüpfe, keine eigentliche Bedingung enthalte, vielmehr damit nur ausgesprochen sei, daß im Falle einer verschuldeten Versäumung der Frist der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen sein solle. Eine Schuld der Nichteinhaltung der Frist treffe aber den Kläger nicht, da solcher nach dem Brande nur drei Tage auf freiem Fuß gewesen sei und sich dann sechs Monate in Haft befunden habe. Nach erfolgter Freilassung und gleichzeitiger Freisprechung von der Anschuldigung der Brandstiftung habe dann der Kläger innerhalb der Frist von sechs Monaten die Klage angestellt. Während der Untersuchungshaft sei es dem Kläger nicht wohl möglich gewesen, die Klage anzustellen, da ihm weder die erforderlichen Materialien zu Gebote gestanden seien, noch ihm der freie Verkehr mit einem Advokaten zugelassen gewesen wäre. So=

dann habe Kläger wegen der Bestimmung des §. 12 der allgemeinen Bedingungen das Ergebniß der gegen ihn wegen Brandstiftung eingeleiteten Untersuchung abwarten müssen. Endlich habe der Kläger die Fristbestimmung des §. 20 gar nicht gekannt, da ihm nach dem Brande die Police abgenommen worden sei. Die Civilkammer des Obertribunals hat die auf den §. 20 gegründete Einwendung gegen die Entschädigungsklage nicht für gegründet erachtet, und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe:

Nach dem §. 20 der allgemeinen Bedingungen, unter welchen der Versicherungsvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen worden ist, sind zwar die Ansprüche des Versicherten, welche nicht innerhalb 6 Monaten vom Tage des Brandes an entweder durch beiderseitige schriftliche Uebereinkunft festgesetzt sind oder durch eine förmliche und vollständige Klage des Versicherten vor dem zuständigen Civilgerichte anhängig gemacht werden, kraft des Versicherungsvertrages erloschen.

Wollte man jedoch diese Bestimmung streng wörtlich auslegen und an die nackte Thatsache der Nichteinhaltung jener Frist den Verlust des Anspruchs des Versicherten gegen den Versicherer knüpfen, so würde man zu einem Ergebniß gelangen, welches den Grundsätzen über Treu und Glauben und dem vernünftigen Willen beider Kontrahenten, der für die Auslegung des in Rede stehenden Vertragsverhältnisses maßgebend ist (zu vergl. Handelsgesetzbuch Art. 278) nicht entsprechen würde. Es rechtfertigt sich daher, jene Vertragsbestimmung in einem beschränkteren Sinne zu deuten.

Die Vorschrift des §. 20 hat augenscheinlich den Zweck, die Verschleppung der Feststellung des vom Versicherten erlittenen Schadens und die damit verknüpfte Verdunkelung des Thatbestandes zu verhindern, indem der Versicherer ebensowohl als der Versicherte ein Interesse daran hat, daß zu einer Zeit, wo wegen des Naheliegens des beschädigenden Ereignisses die Beweismittel bezüglich des

vom Versicherten erlittenen Schadens sich leichter beischaffen lassen, die erforderlichen Schritte zur Festsetzung der Entschädigungssumme gethan werden. Insofern erscheint daher die in jenem Artikel dem Versicherten auferlegte Verpflichtung als ein Ausfluß der allgemeinen Sorgfalt, zu welcher der Versicherte nach dem Versicherungsvertrage gegenüber dem Versicherer verpflichtet ist. Hieraus folgt, daß die Nichterfüllung jener Verpflichtung innerhalb der vertragsmäßigen Frist den Versicherer nicht unter allen Umständen seiner Verbindlichkeit aus dem Versicherungsvertrage enthebt, sondern nur dann, wenn jene Nichterfüllung eine Verletzung der vertragsmäßigen Sorgfalt des Versicherten enthält. Ist daher die Nichteinhaltung der in dem §. 20 bestimmten Frist dem Versicherten nicht zur Schuld zuzurechnen, was übrigens der Letztere gegenüber der sich auf diese Vertragsbestimmung berufenden Versicherungsgesellschaft zu beweisen hat, so kann von einem Verluste des Anspruches des Versicherten keine Rede sein. Jene Frist läuft somit nicht gegen den Versicherten, so lange das von Diesem nicht verschuldete Hinderniß der Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Versicherer nicht beseitigt ist.[2] Diese Auslegung des §. 20 findet auch ihre Unterstützung in dem Schlusse des §. 10 der allgemeinen Bedingungen,[3] wonach der Versicherte, welcher die in diesem Artikel bezeichneten Aktenstücke nicht binnen 14 Tagen nach dem

---

[2] Malß in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XIII. S. 52 ff., 477 ff.; Busch, Archiv für Handelsrecht, Bd. VI. S. 87 ff.; Löhr-Hartmann, Centralorgan N. F., Bd. VII. S. 356; Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichtes Bd. I. S. 111, 112, Bd. II. S. 183, 184.

[3] Der §. 10 der allg. Bedingungen besagt, daß der Versicherte gewisse zum Belege seiner Entschädigungsrechnung dienende Aktenstücke dem Agenten binnen 14 Tagen von dem Brande an einzuliefern habe, widrigenfalls er aller Ansprüche an die Gesellschaft verlustig werde, insofern er nicht die physische Unmöglichkeit, die fragliche Einlieferung zu bewirken, genügend darthun könne.

Brande dem Agenten einliefert, aller Ansprüche an die Gesellschaft verlustig wird, „insofern er nicht die physische Unmöglichkeit, die gedachten Einlieferungen zu bewirken, genügend darthun kann." Denn hieraus darf gefolgert werden, daß die Fristbestimmungen in den allgemeinen Bedingungen überhaupt keine absolute, sondern an die selbstverständliche Voraussetzung geknüpft sein sollten, daß dem Versicherten die Einhaltung der Frist möglich sei. Eine Wiederholung des erwähnten beschränkenden Zusatzes bei der in dem §. 10 festgesetzten Frist in dem §. 20 mochte deßhalb unterblieben sein, weil die Frist des letzteren eine längere ist und daher ein Hinderniß, dieselbe einzuhalten, seltener eintreten wird.

Im vorliegenden Falle ist nun erwiesen, daß der Kläger ohne seine Schuld außer Stande war, die sechsmonatliche Frist des §. 20 vom Tage des Brandes an einzuhalten. Der Kläger wurde nämlich schon am 13. Oktober 1866, also vier Tage nach dem Brande wegen Verdachts der Brandstiftung verhaftet und blieb in der Untersuchungshaft bis zum 9. April 1867, an welchem Tage er durch das Erkenntniß des Schwurgerichtshofs freigesprochen und seiner Haft entlassen wurde. Während der Untersuchungshaft war es für den Kläger zunächst unmöglich, unter Beobachtung der Vorschriften der §§. 10 und 11 der allgemeinen Bedingungen,[4] sowie insbesondere des Art. 18 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. Mai 1852 (zu vergl. §. 39 der Vollzugsinstruktion vom 28. Mai 1852) die Feststellung seines Schadens gemäß §. 13 der allgemeinen Bedingungen[5]

[4] Der §. 11 der allg. Bedingungen lautet: „Die Gesellschaft kann verlangen, daß der Versicherte das wirkliche Vorhandensein und den Werth der versicherten Gegenstände im Augenblick der Feuersbrunst, sowie auch den Betrag des Schadens durch Vorlage seiner Geschäftsbücher, Einkaufsfakturen, Rechnungen und andere beweiskräftige Urkunden beweise und daß er die Wahrheit seiner Angabe in gesetzlicher Form beschwöre."

[5] Nach §. 13 der allg. Bedingungen werden die Brandschäden

herbeizuführen. Denn es liegt in der Natur der Sache, und ist auch beklagter Seits nicht bestritten worden, daß dem Kläger wegen etwaiger Kollusionen nicht gestattet worden wäre, während der Dauer der Untersuchungshaft dem Generalagenten der Beklagten die erforderliche Liquidation seines Schadens und die Belege für denselben zu liefern. Die Frau des Klägers war aber anerkanntermaßen außer Stand, Genaueres über die gewerblichen Vorräthe ihres Mannes anzugeben. Dazu kommt, daß dem Kläger zur Liquidation seines Schadens auch die Einsicht seines Hausbuches nothwendig gewesen wäre, dieses ihm aber, weil es für die Zwecke der Untersuchung nothwendig war, nicht zur Hand gestellt worden sein würde. Aus den angeführten Gründen war der Kläger sodann auch verhindert, während der Dauer der Untersuchungshaft eine gerichtliche Klage gegen den Beklagten anzustellen. Insbesondere wäre ihm zweifelsohne ein solcher Verkehr mit einem Anwalt, welcher diesen in Stand gesetzt hätte, eine vollständige Klage bei dem Gerichte einzureichen, nicht gestattet worden. Auch hätte sofort nach Einreichung der Klage die weitere Verhandlung über diese bis zum Austrage der gegen den Kläger wegen Brandstiftung anhängigen Untersuchung, welche wegen der Bestimmung des §. 12 der allgemeinen Versicherungsbedingungen [6] für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites präjudiziell war, sistirt werden müssen. Die Anstellung der Klage wäre somit eine bloße Formularität gewesen und hätte nicht zur sofortigen Ermitt-

---

entweder durch gütliche Uebereinkunft oder durch kontradiktorische Untersuchung und Schätzung von zwei Sachverständigen, von welchen jede Partei Einen ernennt, festgesetzt.

[6] Der §. 12 der allg. Bedingungen bestimmt, daß der Versicherte, welcher wissentlich die Angabe des Schadensbetrages übertreibe, Derjenige, welcher Gegenstände als durch das Feuer zerstört angebe, die im Augenblicke der Feuersbrunst nicht vorhanden gewesen seien, endlich Derjenige, welcher das Feuer selbst angelegt habe, alle Ansprüche auf Entschädigung verliere.

lung des Schadenbetrages, welche der Zweck der ganzen Bestimmung des §. 20. dem oben Bemerkten zu Folge ist, geführt.

Dem Kläger konnte somit vor der Entlassung aus der Untersuchungshaft, also vor dem 9. April 1867 die sechsmonatliche Frist nicht laufen.[7] Von letzterem Tage an gerechnet ist aber diese Frist gewahrt, sofern der Kläger am 12. September 1867 seine Klage bei dem Oberamtsgerichte N. eingereicht hat.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Februar 1872 in der Berufungssache Hieber c. Versicherungsgesellschaft deutscher Phönix.

Die der vorstehenden Entscheidung zu Grunde liegende Ansicht ist auch von dem Reichsoberhandelsgerichte angenommen, wie schon in der Note 2 oben bemerkt worden; es ist jedoch dieselbe bei der Berathung obiger Entscheidung nicht unangefochten geblieben, indem dagegen bemerkt wurde, daß es Angesichts der Vertragsbestimmung des §. 20 darauf, ob den Kläger bezüglich der Verzögerung der Klage eine Verschuldung treffe, oder nicht, und ob er etwa durch äußere Umstände an der Einhaltung der vertragsmäßigen Frist gehindert gewesen, gar nicht ankommen könne. Denn der §. 20 bestimme schlechthin, daß, wenn nicht binnen sechs Monaten der Schaden durch schriftliche Uebereinkunft festgestellt sei oder geklagt werde, der durch den Brandfall sonst begründete Schadenersatzanspruch erloschen sein solle. Hiemit sei die Existenz des Schadenersatzanspruches durch den Willen der Kontrahenten von dem Umstande der Fristeinhaltung abhängig gemacht, während nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Kläger die ganze Verjährungszeit hindurch würde klagen können. Eine solche Abhängigmachung eines Anspruches von einem gewissen Umstande, die nicht schon in der Natur der Sache und dem Wesen des Rechtsverhältnisses liege, sondern auf der willkürlichen Bestimmung der Kontrahenten beruhe, falle unter den

[7] Vergl. dagegen Seuffert, Archiv Bd. XXVII. S. 21 ff.

Gesichtspunkt einer Bedingung und zwar, da die Erlöschung des Anspruches von der Einhaltung der Frist abhängig gemacht sei, einer Resolutivbedingung. Die Folgen der Nichterfüllung einer Bedingung treten aber ein ohne Rücksicht darauf, worin die Nichterfüllung ihren Grund habe.[8] Hieran ändere es nichts, wenn man auch davon ausgehe, daß in der Festsetzung der Verpflichtung des Versicherten, den Entschädigungsanspruch nicht später als sechs Monate nach dem Brande geltend zu machen, nur eine nähere Bestimmung der dem Versicherten obliegenden Diligenz gelegen sei. Denn auch hievon ausgegangen folge die Verpflichtung zur Einhaltung einer bestimmten Frist nicht aus dem Wesen des Versicherungsvertrages und liege nicht von selbst und ohne besondere Stipulation in demselben. Noch weniger folge das Erlöschen des Entschädigungsanspruches für den Fall der Nichteinhaltung der Frist aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses. Mögen auch die besonderen Verhältnisse des Versicherungsgeschäftes es zweckmäßig erscheinen lassen, dem Versicherten die Klagerhebung binnen einer bestimmten Frist bei Verlust seines Anspruches anzubedingen, so sei dieß doch keine Bestimmung, welche negotio tacite insit. Vielmehr sei es lediglich die freie Willensbestimmung der Kontrahenten, wodurch der Anspruch und seine Existenz von der Einhaltung der Frist abhängig gemacht werde, während derselbe nicht von selbst schon nach der Natur des Rechtsverhältnisses davon abhängen würde. Hierin liege aber eben das Charakteristische der Bedingung, wobei es gleichgiltig sei, was den Grund für die Festsetzung der Bedingung bilde.

b. In einer früheren Entscheidung war das Obertribunal nicht so weit, wie in obigem Falle, gegangen und hatte sich mehr an die Verhältnisse des vorgelegenen Falles gehalten:

---

[8] **Malß**, Zeitschrift Bd. II. S. 301, 367 letzter Absatz, vergl. Bd. I. S. 117; **Goldschmidt**, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XIII, S. 53 f., S. 477 f.

Der Färber Albrecht Wolz von C. hatte seine und seiner Tochter Magdalena Fahrniß bei der Magdeburger Mobiliarfeuerversicherungsgesellschaft auf die Zeit vom 15. Oktober 1869 bis dahin 1874 versichert. In der Nacht vom 1./2. Juni 1870 brannte infolge von Brandstiftung seiten des Sohnes des Wolz, Wilhelm, das Wohnhaus des Wolz ab und verbrannte infolge dessen auch die versicherte Fahrniß. Am 9. bis 10. Juni 1870 fanden hierauf Verhandlungen zwischen Wolz und dem Agenten der Versicherungsgesellschaft wegen Festsetzung der Entschädigungssumme statt, es wurde die getroffene Uebereinkunft aber von der Gesellschaft nicht genehmigt und, nachdem inzwischen auch gegen Magdalena Wolz wegen Verdachts der Theilnahme an der Brandstiftung Untersuchung eingeleitet worden war, erklärte die Versicherungsgesellschaft, daß sie vor weiterer Entschließung das Ergebniß der wider die Angehörigen des Wolz wegen Brandstiftung schwebenden Untersuchung abwarten wolle. Nachdem Anfangs Oktober 1870 vom Schwurgerichte Wilhelm Wolz wegen Brandstiftung verurtheilt, die Magdalena Wolz aber freigesprochen worden war, ließ die Versicherungsgesellschaft in den letzten Tagen des November 1870 dem Albrecht Wolz ein Vergleichsanerbieten machen, welches dieser aber ablehnte und am 8. Februar 1871 gerichtliche Klage gegen die Versicherungsgesellschaft auf Bezahlung einer Entschädigungssumme von 1097 fl. 16 kr. erhob.

Die Beklagte wendete hiegegen in erster Linie ein, daß der Anspruch nach §. 13 der Versicherungsbedingungen erloschen sei. In diesem §. 13 sei bestimmt, daß alle nicht innerhalb sechs Monaten nach dem Brande entweder rechtsgiltig von der Gesellschaft anerkannten oder mittelst vollständiger Klage vor den zuständigen Richter gebrachten Ansprüche auf Entschädigung erloschen seien. Diese sechsmonatliche, vom Tage des Brandes an zu berechnende Frist habe der Kläger nicht eingehalten und sei dadurch seines Anspruches verlustig geworden.

Die Einrede wurde verworfen und in den Entscheidungsgründen des Obertribunals hierüber bemerkt:

Die Beklagte macht geltend, der ganze Entschädigungsanspruch des Klägers sei deßhalb erloschen, weil derselbe nicht, wie in §. 13 der Versicherungsbedingungen vorgeschrieben, binnen 6 Monaten nach dem Brande bei dem zuständigen Gerichte eingeklagt worden sei. Diese Frist wurde allerdings nicht eingehalten. Der Brand fand am 1./2. Juni 1870 statt, die Frist ging also am 1./2. Dez. desselben Jahres zu Ende, die Klage ist aber erst am 8. Februar 1871 eingekommen. Gleichwohl war die Einrede der Beklagten zu verwerfen. Nachdem in Folge des Brandes zwischen dem Hauptagenten der Beklagten und dem Kläger verschiedene Verhandlungen gepflogen und Vereinbarungen getroffen worden waren, ist schließlich nach dem Protokoll über die Verhandlung vom 16. Sept. 1870 und dem Schreiben der Beklagten vom 28. desselben Monats von jenem Beamten unter Zustimmung der Beklagten mit dem Kläger verabredet worden, daß vor allen weiteren Entschließungen und Schritten in der Entschädigungsangelegenheit das Ergebniß der Kriminaluntersuchung abgewartet werden solle, welche gegen die nächsten Angehörigen des Klägers, namentlich gegen dessen Tochter Magdalene wegen Verdachtes der Brandstiftung eingeleitet worden war. Aus dieser der Sachlage ganz entsprechenden Uebereinkunft (vergl. Civil-Prozeß-Ordnung Art. 6, 7, 292 Ziff. 5) ergibt sich, daß die sechsmonatliche Frist nach der Willensmeinung der Betheiligten nicht von dem Tage des Brandes, sondern erst von der Rechtskraft des Kriminalurtheils an berechnet werden darf; seit letzterem Zeitpunkte bis zur Klagerhebung sind aber nicht 6 Monate abgelaufen.

**Entscheidung des Obertribunals vom 9. Januar 1872 in der Berufungssache Magdeburger Feuerversicherungsgesellschaft c. Wolz.**

12) Feuerversicherung; Beweis des Brandschadens.

a. Nach §. 8 der Statuten der Magdeburger Mobiliar-

feuerversicherungsgesellschaft ist zwar der Versicherte für die Existenz und den Werth der verbrannten Gegenstände beweispflichtig; es darf ihm aber nur eine solche Beweisführung zugemuthet werden, wie sie nach den Umständen des einzelnen Brandfalles von ihm beigebracht werden kann, wovon auch die Statuten in dem erwähnten §. 8 ausgehen, indem daselbst bestimmt ist, die Gesellschaft dürfe von dem Versicherten „Belege und sonstige Beweise, die er liefern könne", verlangen.[1] Erwägt man im gegenwärtigen Falle, daß der Beamte der Hauptagentur der Feuerversicherungsgesellschaft kurz nach dem Brande genaue Erhebungen an Ort und Stelle vorgenommen, über die verbrannten und geretteten Gegenstände Verzeichnisse angefertigt und mit dem Versicherten über die ihm gebührende Entschädigungssumme Vereinbarungen getroffen hat, daß ferner sofort nach dem Brande eine umfassende Kriminaluntersuchung eingeleitet und mehrfache Haussuchungen vorgenommen wurden, und daß seiten der beklagten Versicherungsgesellschaft weder früher noch jetzt spezielle Anstände gegen die nachträglich modifizirte, nunmehr eingeklagte Entschädigungssumme erhoben worden sind, so liegt genügender Grund vor, den Kläger zu Ableistung eines Ergänzungseides zuzulassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Januar 1872 in der Berufungssache der Magdeburger Feuerversicherungsgesellschaft c. Wolz.

b. Sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als auch im vorliegenden Falle nach dem Art. 3 u. 11 der Versicherungsbedingungen der Versicherungsgesellschaft deutscher Phönix zu Frankfurt a. M.[2] liegt dem Versicherten der

[1] Vergl. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 888, 889; Motive zum Entwurf eines württ. Handelsgesetzbuches S. 395, 413; Seuffert, Archiv Bd. XXIII., Nr. 132: Malß, Zeitschrift für Versicherungsrecht Bd. II. S. 66.

[2] Der Art. 3 der Versicherungsbedingungen besagt: „Da die Versicherung nicht eine Veranlassung von Gewinn für den Ver-

Beweis des von demselben erlittenen Schadens ob. Uebrigens ist bei der Schwierigkeit dieses Beweises der freien Beweiswürdigung ein weiter Spielraum gelassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Februar 1872 in der Berufungssache Hieber c. Versicherungsgesellschaft deutscher Phönix.

Aus Anlaß der letzteren Entscheidung wurde noch bemerkt:

Von der dem Versicherten nach allgemeinen Grundsätzen obliegenden Beweispflicht für die Existenz und Größe des ihm durch das Brandunglück zugezogenen Schadens wird derselbe durch die Aufnahme der Versicherungssumme in die Police nicht befreit. Durch die Versicherungssumme soll vielmehr nur der Werth der versicherten Gegenstände zur Zeit der Eingehung des Versicherungsvertrages und damit der Betrag festgestellt werden, bis zu welchem der Versicherte Schadenersatz vom Versicherer verlangen kann. Nur dann, wenn jene Versicherungssumme als vertragsmäßige Festsetzung des dem Versicherten künftig etwa zugehenden Schadens anzusehen ist, wird derselbe der Pflicht zum Beweise der Größe seines Schadens gegenüber dem Versicherer entbunden.[3] Diese allgemeinen Grundsätze über

---

sicherten sein darf, so kann der Versicherte niemals auf die versicherten Summen oder auf die bezahlten Prämien oder auf die in der Police enthaltenen Bezeichnungen und Schätzungen als auf eine Anerkennung, oder einen Beweis, oder eine Vermuthung des Werthes, oder des Vorhandenseins der versicherten Gegenstände sich berufen und darauf sich stützen, vielmehr ist der Versicherte verpflichtet, der Gesellschaft durch alle ihm zu Gebote stehenden Mittel und Dokumente das Vorhandensein und den Werth der versicherten Gegenstände im Augenblick der Feuersbrunst, sowie die Wirklichkeit und den Werth der Schäden darzuthun." — Im Art. 11 sodann ist gesagt: „Die Gesellschaft kann verlangen, daß der Versicherte das wirkliche Vorhandensein und den Werth der versicherten Gegenstände im Augenblick der Feuersbrunst, sowie auch den Betrag des Schadens durch Vorlage seiner Geschäftsbücher, Einkaufsfakturen, Rechnungen und andere beweiskräftige Urkunden beweise, und daß er die Wahrheit seiner Angaben in gesetzlicher Form beschwöre."

[3] Vergl. meine Ausführungen in Malß, Zeitschrift für Ver-

die Beweislast sind auch in den Art. 3 u. 11 der allgem. Versicherungsbedingungen der Versicherungsgesellschaft deutscher Phönix sanktionirt.[4] Allerdings wird man bei der häufig eintretenden Schwierigkeit des dem Versicherten obliegenden Beweises keinen zu strengen Maßstab anlegen dürfen und es wird namentlich bei der freien Beweiswürdigung dem Richter ein weiter Spielraum gestattet sein. Dieß ergibt sich auch aus dem Art. 11 der allgemeinen Bedingungen, wonach der Versicherte die Wahrheit seiner Angaben beschwören darf.

13) Feuerversicherung; Anzeigepflicht im Falle des Verdachtes einer drohenden Brandlegung.

In Folge von Brandstiftung des Wilhelm Wolz und seiner Ehefrau brannte deren Wohnhaus in der Nacht vom 1./2. Juni 1870 ab, wobei auch die Fahrniß der Schwester des Wolz, Magdalena, mit verbrannte, welche bei der Magdeburger Feuerversicherungsgesellschaft versichert war. Der gegen letztere erhobenen Entschädigungsklage wurde unter Anderem entgegengehalten, die Magdalene Wolz sei Mitwisserin des Planes der Brandstiftung gewesen, wofür

---

sicherungsrecht Bd. II. S. 62 ff., insbesondere S. 66 vergl. mit Bd. I. S. 387 ff., S. 394; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 913 vergl. mit Art. 898; Erkenntniß des Kassationshofes in Darmstadt vom 9. März 1858, abgedruckt bei Malß a. a. O. Bd. I. S. 73 ff. und bei Seuffert, Archiv Bd. XIII. Nr. 272; Entscheidung des Handelsgerichtes und Appellationsgerichtes Leipzig vom Jahr 1866 bei Malß a. a. O. Bd. II, S. 117 ff.; Entscheidung des Oberappellationsgerichtes Dresden bei Malß a. a. O. Bd. II. S. 296 ff.; Malß, in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XIII. S. 452 ff. (wo gleichfalls die Erkenntnisse verschiedener Gerichte abgedruckt sind). — Gegentheilige Entscheidungen für die Beweispflicht des Versicherers siehe bei Seuffert, Archiv Bd. XIII. S. 389 ff. und bei Goldschmidt, Zeitschrift Bd. XIII., S. 452, 453, 456 ff.

[4] Vergl. Entsch. des Oberappellationsgerichtes Oldenburg in einem Erkenntniß von 1858 bei Seuffert, Archiv Bd. XXIII. Nr. 131.

der Umstand spreche, daß sie am Abend vor dem Brande einen größeren Theil der Fahrniß aus dem Hause geschafft habe; entweder sei sie von den Brandstiftern in deren Plan eingeweiht worden, oder habe sie zufällig von dem Plane Kenntniß erhalten. Auch in letzterem Falle wäre sie verpflichtet gewesen, hievon dem Agenten der Beklagten oder der Polizei Anzeige zu machen. Es folge dieß schon aus der allgemeinen Pflicht des Versicherten zur Beobachtung der erforderlichen Vorsicht.

Die Einrede wurde verworfen und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Wenn Magdalene Wolz auch eine bevorstehende Brandlegung vermuthet oder sogar bestimmtere Kenntniß von dem Bestehen eines solchen Planes gehabt und deßhalb einen Theil ihrer Fahrniß zusammengepackt und geflüchtet und die Schlüssel zu den Behältern gesteckt hat, so läßt sich dieses Benehmen der Magdalena Wolz zureichend damit erklären, daß sie, ohne den verbrecherischen Plan billigen oder befördern zu wollen, nur nicht gemeint war, die betreffenden Fahrnißstücke verbrennen zu lassen. Dagegen mangeln hinreichend bestimmte und schlüssige Anhaltspunkte dafür, daß die M. Wolz beabsichtigt habe, B e i h i l f e zu dem Verbrechen zu leisten und muß man um so mehr Bedenken tragen, dem Vorbringen der Beklagten Gewicht beizulegen, als die M. Wolz von dem gegen sie erhobenen Verdachte durch das Schwurgericht freigesprochen worden ist und die Beklagte selbst nicht zu behaupten vermochte, daß sie neue thatsächliche Belege für die Schuld der M. Wolz beizubringen wisse.

Wollte man auch annehmen, daß dem Versicherten beziehungsweise dem Eigenthümer der versicherten Gegenstände unter Umständen die Verpflichtung obliege, von einer drohenden Brandlegung dem Agenten der Versicherungsgesellschaft oder der Polizei Anzeige zu machen, so kann doch im vorliegenden Falle die Unterlassung einer solchen Anzeige der Magd. Wolz nicht zur Verschuldung ange-

rechnet werden. Denn durch eine hinreichend bestimmte Anzeige hätte sie ihre nächsten Angehörigen im höchsten Grade gefährden können, was nach den Geboten der Sittlichkeit wie nach den Anschauungen des Gesetzgebers Niemand zugemuthet wird. (Württ. Strafgesetzbuch Art. 92, 93; vergl. Gesetz vom 13. August 1849 Art. 13 a. E.; Art. 16. und 21 Abs. 4; Strafprozeßordnung Art. 143 Ziff. 1.)

Für die Unterstellung aber, daß schon durch die Mittheilung einer unbestimmten bloßen Vermuthung über einen Brandausbruch die Brandlegung überhaupt verhindert worden wäre, mangelt jeder Anhaltspunkt.

**Entscheidung des Obertribunals vom 9. Januar 1872 in der Berufungssache der Magdeburger Feuerversicherungsgesellschaft c. Wolz.**

14) Voraussetzung für den Alimentenanspruch eines unehelichen Kindes ist dessen Bedürftigkeit.

Die von der Pflegschaft eines unehelichen Kindes gegen den Vater des letzteren erhobene Alimentenklage war von dem Kreisgerichte abgewiesen worden, indem dasselbe von folgenden Erwägungen ausging:

Die gesetzliche Alimentationspflicht zwischen Aszendenten und Deszendenten und zwar sowohl bei der ehelichen als bei der unehelichen Vaterschaft trete nach unzweifelhafter Gesetzesbestimmung nur dann ein, wenn der Alimentenkläger der Alimentation bedürftig, d. h. seinen Unterhalt aus eigenen Mitteln zu bestreiten nicht im Stande sei. Da hienach dieses Bedürfniß, das Unvermögen des Klägers, sich den Unterhalt selbst zu verschaffen, die gesetzliche Voraussetzung des Alimentationsanspruches bilde, so sei dasselbe als ein Theil des Klagegrundes anzusehen. Wenn nun auch bei Kindern dieses Unvermögen regelmäßig unmittelbar nach der Geburt vorhanden sei, so sei doch in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung eine Vermuthung für das Vorhandensein und die Fortdauer

dieses faktischen Zustandes nicht begründet und auch durch Art. 28 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 nicht ausgesprochen. Nun sei zwar nicht immer gerade eine ausdrückliche Behauptung jenes Unvermögens erforderlich, es könne dieselbe vielmehr häufig als der Klage stillschweigend zu Grunde liegend und als bekl. Seits zugestanden angesehen werden. Allein wenn, wie in dem vorliegenden Falle, geltend gemacht sei, daß das Kind von seiner Mutter ein hübsches Vermögen ererbt habe, so könne die klägerische Partei der Verpflichtung nicht enthoben sein, die Voraussetzung des Klageanspruches, daß das Kind vermögenslos sei, anzuführen und thatsächlich zu begründen. Dieß sei nicht geschehen, vielmehr erhelle das Gegentheil. — Die gegen diese Entscheidung auf Grund der Ziff. 15 des Art. 733 der C.-P.-O. erhobene Nichtigkeitsklage wurde von dem Obertribunal als unbegründet verworfen und es besagen die Entscheidungsgründe:

Das Kreisgericht hat, indem dasselbe aussprach, daß die Voraussetzung des Anspruches eines unehelichen Kindes auf Reichung von Alimenten Seitens des Vaters das Unvermögen desselben, seinen Unterhalt aus eigenen Mitteln zu bestreiten, bilde, keineswegs einen Rechtssatz verletzt oder unrichtig ausgelegt. Der Mangel an hinreichendem Vermögen auf Seiten des zu Alimentirenden ist die Voraussetzung jeder gesetzlichen Alimentationsverbindlichkeit.[1] Hieran hat weder das Landrecht in Th. IV. Tit. 18, noch der Art. 28 des Gesetzes vom 5. September 1839 etwas geändert, indem diese Gesetzesstellen lediglich als Termin, bis zu welchem die Alimente durch den Vater zu reichen seien, die Erwerbs- beziehungsweise Ernährungs-Fähigkeit des Kindes bezeichnen. Der Behauptung, daß zufolge eines in Württemberg bestehenden „gewohnheitsrechtlichen

[1] Windscheid, Pandekten §. 475 Note 7; Koch, Recht der Forderungen Bd. III. S. 6.

Gerichtsgebrauches" von jener gesetzlichen Voraussetzung der Alimentationsverbindlichkeit abzusehen sei, fehlt es an jeder Begründung. Ebensowenig hat das Kreisgericht dadurch gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen, daß es von jenem Satze ausgehend die Vermögenslosigkeit des klagenden Kindes als zum Klagegrund gehörig behandelte. Wenn auch bei unehelichen Kindern in der Regel deren Vermögenslosigkeit als selbstverständlich vorauszusetzen ist, so ist dieß doch eine Thatfrage, welche der thatsächlichen Feststellung des erkennenden Richters überlassen bleibt.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. April 1873 in der Berufungssache Proff c. Lechler.

### 15) Das für die Ablösbarkeit von Leistungen für öffentliche Zwecke aufgestellte Erforderniß der Verknüpfung der Leistungsverbindlichkeit mit einem Vermögensbesitze.

Nach Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 19. April 1865 ist die Ablösbarkeit der Verbindlichkeit einer Leistung für öffentliche Zwecke unter Anderem dadurch bedingt, daß diese Last mit dem Besitz einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände bleibend verknüpft ist. Zur Begründung der Ablösbarkeit einer der Staatsfinanzverwaltung obliegenden Baulast an dem Kirchengebäude in Walddorf wurden als solche Vermögensgegenstände, mit deren Besitz jene Last verknüpft sei, außer den Zehnten und Gefällen, beziehungsweise den an deren Stelle getretenen Surrogaten, das Kirchengebäude in Walddorf und das Patronat über die dortige Kirche bezeichnet. Diese Begründung einer Verknüpfung der Baulast mit Vermögensgegenständen wurde nicht als zutreffend erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Man kann dahingestellt sein lassen, ob die baupflichtige Klägerin Eigenthümerin des gedachten Kirchengebäudes ist. Denn dieß auch angenommen liegt gleichwohl keine Verknüpfung der in Rede stehenden Baulast mit Ver-

mögensbesitz im Sinne des angeführten Gesetzesartikels vor. Die Klägerin geht zunächst selbst davon aus, daß das Eigenthumsrecht an dem Kirchengebäude nicht schon an sich die Verpflichtung des Eigenthümers zur baulichen Unterhaltung dieses Gebäudes gegenüber einem Dritten begründe, sondern daß es hiezu eines Herkommens oder Vertrages bedürfe. Hieraus ergibt sich aber schon, daß jene Verpflichtung nicht auf dem Eigenthumsrechte an dem Kirchengebäude, sondern auf einem anderweiten besonderen Rechtsgrunde beruht. Auch ließe es sich nicht wohl denken, wie dasjenige Objekt, in Beziehung auf welches die Baulast Platz greift, zugleich für die Erfüllung dieser Leistung verhaftet sein sollte. Jedenfalls aber kann weder das Kirchengebäude, noch das Patronat zu denjenigen Vermögensgegenständen gerechnet werden, welche der Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 19. April 1865 im Auge hat. Unter den hier genannten, mit dem Besitz einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Last verknüpften Leistungen sind nämlich solche zu verstehen, welche jedem Besitzer dieser Vermögensgegenstände als solchem und um des Besitzes der letzteren willen obliegen, welche ihre rechtliche Veranlassung in diesem Besitze haben.[1] Letzteres kann aber blos bei solchen Vermögensgegenständen der Fall sein, welche für den Besitzer Erträgnisse abwerfen, sofern diese demselben die zur Erfüllung der fraglichen Leistung erforderlichen Mittel an die Hand geben und daher den Besitzer des Vermögens zur Uebernahme der Leistung bestimmt haben. Diese Auffassung findet auch ihre Bestätigung in den Grundsätzen des gemeinen Rechtes, wonach nur derjenige Besitzer von kirchlichem Vermögen, welcher Einkünfte aus diesem bezieht, zur Tragung der Baulast an der Kirche verpflichtet ist — consil. Trident. sess. XXI. c. 7. —. Das Kirchengebäude ist aber seiner Natur nach kein ertragsfähiger Vermögensgegenstand. Mag es

[1] Dieses Archiv Bd. XII. S. 244; Bd. XIV. S. 359.

auch da und dort vorkommen, daß aus einem solchen Gebäude hier und da ein kleiner Nutzen gezogen wird, so kommt dieß um deßwillen nicht in Betracht, weil das Kirchengebäude nach seinem ganzen Zwecke nicht zur Gewinnung von Einkünften bestimmt und ebendeßhalb kein Vermögensgegenstand im Sinne des mehrgenannten Gesetzes ist. Ebensowenig ist als ein solcher Vermögensgegenstand das Patronat über die Kirche in Waldorf anzusehen, da dasselbe dem Patron im Wesentlichen nur persönliche Rechte, jedenfalls aber keine Einkünfte, die zur Bestreitung der Kosten der baulichen Unterhaltung der Kirche verwendet werden könnten, gewährt. Denn wenn auch der Patron im Falle seiner Verarmung einen Anspruch auf Alimentation aus dem kirchlichen Vermögen hat, so wird ja vielmehr umgekehrt durch den Bezug dieser Alimente das kirchliche Vermögen insoweit der Verwendung für die kirchlichen Bedürfnisse entzogen. Demgemäß hat die Klägerin nicht dargethan, daß sie, außer den Zehnten und Gefällen, beziehungsweise den an deren Stelle getretenen Ablösungskapitalien, Vermögensgegenstände im Sinne des Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 29. April 1865 besitze, mit welchen die ihr obliegende Baulast bleibend verknüpft wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Oktober 1872 in der Berufungssache der K. Staatsfinanzverwaltung c. Waldorf.

## 16) Entschädigung wegen Zwangsenteignung; Rückforderungsrecht des Staates.

Daß auch der Staat, wenn im Falle der Expropriation Streit über die Entschädigungssumme entsteht, den Anspruch auf Rückerstattung eines zu viel bezahlten Betrages vor dem Civilrichter mittelst einer Widerklage verfolgen kann, läßt sich mit Grund nicht beanstanden. Die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Summe der Entschädigung, von welcher in §. 30 der Verfassungsurkunde die Rede ist, hat nur den Charakter einer vorläufigen Maßregel, um der Entstehung eines Civilprozesses

vorzubeugen. Zum Schutze des Eigenthums ist dagegen einerseits im ersten Satze des genannten §. 30 bestimmt, daß die Entscheidung über die Nothwendigkeit der Abtretung dem Geheimen Rathe zukomme, und andererseits im zweiten Satze, daß Streitigkeiten über die Summe der Entschädigung im ordentlichen Rechtswege vom Civilrichter zu erledigen seien. Ein Streit über die Summe der Entschädigung liegt aber nicht bloß dann vor, wenn der Eigenthümer bei der ihm bezahlten Summe sich nicht beruhigt, weil er sie für ungenügend hält, sondern ebenso, wenn die Verwaltungsbehörde behauptet, daß die von ihr bezahlte Entschädigung zu hoch bemessen sei, und wenn sie deßhalb den angeblich zu viel bezahlten Betrag zurückfordert. Der Annahme, daß in dem eben genannten Fall nicht der Civilrichter zuständig, sondern der Streit vielmehr von einer Verwaltungsjustizbehörde zu entscheiden sei, widerspricht auch, daß in dem angeführten §. 30 nur von dem Geheimen Rathe, als der Behörde, welche über die Nothwendigkeit der Abtretung zu entscheiden hat, von der Verwaltungsbehörde, welche den einstweilen ohne Verzug auszubezahlenden Betrag festsetzt, sowie von dem Civilrichter die Rede ist, insoferne die Erledigung eines Streites über die Entschädigungssumme im ordentlichen Rechtswege erfolgen soll, daß dagen jede Hinweisung darauf fehlt, daß auch für eine Administrativjustizbehörde Raum zu einer Kognition für einen Theil der Streitigkeiten über die Entschädigungssumme vorhanden sei. Die ausgesprochene Absicht, dem Eigenthümer im Rechtswege besonderen Schutz zu gewähren, spricht gleichfalls dagegen, daß dann, wenn der Staat von demselben einen angeblich zu viel bezahlten Betrag zurückfordert, nunmehr die Verwaltungsjustizbehörde zu entscheiden habe, und nicht die Zuständigkeit des Civilrichters sofort eintrete.

Entscheidung des Obertribunals vom 22./25. April 1878 in der Berufungssache der K. Eisenbahnbaukommission c. Sutter.

17) Familienfideikomiß.

Im Jahr 1860 gerieth der in Bayern und Württemberg begüterte Graf Hugo von W. B. in Gant. Die Besitzungen des Grafen in den Bezirken Biberach und Laupheim rühren theils von der vormaligen Reichsabtei Heggbach her, welche in §. 24 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Febr. 1803 dem Grafen von B. als Entschädigung für seine Besitzungen Pyrmont und Ollbrücken zugewiesen worden sind, theils sind sie später erworben worden. Nach Einleitung des Gantverfahrens wurde von Seiten der Deszendenz des Kridars Verwahrung gegen die Veräußerung sämmtlicher in Württemberg gelegener Besitzungen erhoben, weil dieselben Familienfideikomiß seien, während seiten der Gläubiger die Fideikommißqualität bestritten und sämmtliche gedachte Besitzungen zur Gantmasse reklamirt wurden. Von der Civilkammer des Obertribunals wurde ausgesprochen, daß den von der vormaligen Reichsabtei Heggbach theils unmittelbar, theils mittelbar herrührenden Besitzungen des Kridars die Eigenschaft eines Familienfideikomißgutes zukommen, dessen Substanz zur Befriedigung der Gläubiger nicht verwendet werden könne. In den Entscheidungsgründen wurde dießfalls ausgeführt:

Die Fideikomißqualität der von der ehemaligen Reichsabtei Heggbach — mittelbar oder unmittelbar — herrührenden Besitzungen der gräflich B.'schen Familie ist dargethan durch die zur Zeit des deutschen Reiches in der B.'schen Familie ergangenen, autonomischen Verfügungen.

Nach Maßgabe der deutschen Reichsverfassung stand dem reichsunmittelbaren und insbesondere dem reichsständischen Adel die Befugniß zu, über seine Familienverhältnisse, Güter- und Erbrechte, soweit die Rechte der Staatsgewalt und Dritter dadurch nicht verletzt wurden, von dem gemeinen Rechte abweichende Bestimmungen zu treffen, und es bedurften die so getroffenen Verfügungen zu ihrer Giltigkeit der kaiserlichen Konfirmation nicht,[1] und zu ihrer

[1] v. **Wächter**, in Sarwey's Monatschrift Bd. IV. S. 363;

Rechtsverbindlichkeit gegen Dritte auch nicht der Publikation.[2] Ferner ist entsprechend dem Art. 14 der deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815 in §. 10 Abs. 1 der k. Deklarationen vom 8. und 25. August 1819, welche zufolge der allgemeinen Deklaration vom 22. September 1819 für die staatsrechtlichen Verhältnisse derjenigen Standesherrn, mit welchen ein besonderes Uebereinkommen nicht zu Stande gekommen ist, maßgebend sind, ausgesprochen, daß die nach den Grundsätzen der früheren deutschen Reichsverfassung noch bestehenden Familienverträge, worunter alle Arten von Statuten, Testamenten rc. zu verstehen sind,[3] aufrecht erhalten bleiben, und ist die Wiederherstellung derselben, soweit sie nur durch die in der Periode des Rheinbundes erlassenen Gesetze aufgehoben worden sind, in Württemberg, nach der Auslegung, welche dort die deutsche Bundesakte erhalten hat, in der Weise erfolgt, daß sie ohne Weiteres wieder in Kraft getreten sind, also ohne daß zu ihrer Giltigkeit und Rechtsverbindlichkeit gegen Dritte die Beobachtung der für für neue autonomische Verfügungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Vorlegung an den Landesherrn und der öffentlichen Bekanntmachung erforderlich war.[4] Es kann nun darüber ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, daß die Testamente der Freiherrn Franz Emmerich Wilhelm und Kasimir Ferdinand Adolf von W. B. vom 28. April 1714 und der Ehevertrag des Grafen Johann Maria Rudolf von W. B. mit der Gräfin Isabella Felicitas Barbara von N. vom 26. Februar 1769 die Errichtung wahrer Familienfideikomisse enthalten; denn es sind in denselben

---

Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht Bd. I. S. 63; Klüber, Abhandlungen und Beobachtungen, Bd. I. S. 86; Moser, Familienstaatsrecht Thl. II. S. 1048, 1052 ff.; Kohler, Privatfürstenrecht §. 123, S. 322 und 323.

[2] Moser, a. a. O. §. 137 a. E. S. 1069; Zöpfl, Staatsrecht, 4. Aufl., Thl. II. §. 313 S. 298 und 299.

[3] Zöpfl, Staatsrecht Thl. II. §. 314 S. 300 3. A.

[4] v. Wächter, a. a. O., S. 368, 372.

die wesentlichen Merkmale der Familienfideikomisse, die Unveräußerlichkeit, der Uebergang auf alle Geschlechtsnachfolger und der Zweck der Erhaltung des Familienglanzes ausdrücklich verordnet und ausgesprochen. Daß ferner der Ehevertrag von 1769 nicht bloß die bisherigen Satzungen bestätigt, sondern einen selbstständigen Begründungsakt des Fideikomisses enthält, ergibt sich daraus, daß er „im Gefolge" der Bestätigung „verordnet" sowohl die Succession im Mannesstamm, als die Unveräußerlichkeit von Seiten des jedesmaligen Inhabers ohne Zustimmung der Theilhaber.

Daß diese Verfügungen, insbesondere die Testamente von 1714, von den betheiligten Erbberechtigten anerkannt, daß sie vollzogen und in der B.'schen Familie stets unangefochten befolgt worden sind, ist außer Zweifel. Ist es schon überhaupt nicht wohl denkbar, daß gegen den Vollzug dieser ganz von dem Geiste der damaligen Zeit und dem Bestreben der adeligen Familien, den Glanz und das Ansehen des Geschlechtes zu erhalten und zu vermehren, getragenen Verfügungen von einem Mitgliede der Familie Widerspruch entgegengesetzt worden sei, so gibt ein deutliches positives Zeugniß derselben der Umstand, daß sich, wie die fraglichen Urkunden zeigen, sämmtliche Besitzungen stets wieder in der Hand des nächsten Nachfolgers vereinigt finden, und ist ferner der Vollzug und die Thatsache des Anerkenntnisses derselben unzweideutig ausgesprochen in dem Ehevertrage von 1769, wie in der letzten der vorliegenden Urkunden, dem Ehevertrag von 1809, wenn in denselben gesagt ist, wie schon verschiedentlich in der B.'schen Familie festgesetzt worden sei, daß nur Ein Bruder in dem alleinigen Besitz und Genuß der Güter verbleibe und wie von dieser löblichen „Gewohnheit" nicht abgegangen werden wolle.

Da nun aber Franz Emmerich und Kasimir Ferdinand Adolf zur Zeit ihrer Testamente sich im Besitze der Herrschaft Pyrmont befunden haben und Graf Johann

Maria Rudolf Herr von Pyrmont und Ollbrücken war, da ferner in §. 24 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Febr. 1803 der Graf B. als Entschädigung für jene Besitzungen die Abtei Heggbach — mit Ausschluß der Orte Mietingen und Sulmingen — zugewiesen erhalten hat, auch in §. 45 des Hauptschlusses bestimmt worden ist, daß Familiensuccessionsrechte von jenseits rheinischen und ausgetauschten Besitzungen auf die Entschädigungs- und eingetauschten Objekte als Surrogate übergehen, so ist hiemit die Fideikomißqualität der fraglichen Besitzungen von selbst gegeben. Hiegegen können die Gläubiger mit der Einwendung nicht aufkommen, daß die beiden Testamente von 1714 ungiltig seien, denn dieß ist lediglich unerheblich, nachdem dieselben von den betheiligten Familiengliedern anerkannt und vollzogen und, wie aus der in dem Vorstehenden nachgewiesenen, mehr als 100jährigen Uebung hervorgeht, in Kraft einer Observanz befolgt worden sind

Wenn sodann in §. 13 des Ehevertrages von 1809 gesagt ist, daß von nun an die alte Familienbestimmung und Observanz die Kraft eines Familienfideikomißvertrages haben solle, so kann dieß einen Beweisgrund dagegen, daß zu dieser Zeit schon ein Fideikomiß bestanden habe, um so weniger bilden, als gerade der Ehevertrag selbst auf die „verschiedentlichen älteren Familienbestimmungen“ und die bisherige Nachachtung derselben hinweist.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Dezember 1872 in der Berufungssache Heß u. Gen. c. die Grafen v. W. B.

## 18) Beweis des Adelsstandes durch die Adelsmatrikel nach bayerischem Rechte.

Dem Grafen Friedrich von W. B. wurde von den Gläubigern seines Vaters das Successionsrecht in das Familienfideikomiß bestritten, weil er aus einer unebenbürtigen Ehe entsprossen sei. Denn die Mutter des Grafen Friedrich sei eine Tochter des Fürsten von Oe. W. aus der

Ehe desselben mit einer Bürgerlichen (einer Gärtnerstochter) gewesen. Die Ehe eines Hochadeligen mit einer Bürgerlichen sei aber eine Mißheirath und hieraus ergebe sich nach dem Grundsatz, daß bei einer Mißheirath die Kinder der ärgeren Hand folgen, daß die Mutter des Grafen Friedrich und sodann auch dieser selbst nur bürgerlich seien, dem Letzteren somit die Successionsfähigkeit mangle. Das Obertribunal erachtete diese Einwendungen gegen die Successionsfähigkeit des Grafen Friedrich nicht als gegründet, und wurde in den Entscheidungsgründen dießfalls bemerkt:

Durch den von dem Grafen Friedrich vorgelegten Auszug aus der Adelsmatrikel des Königreichs Bayern ist erwiesen, daß dort die Mutter desselben als Fürstin von Oe. W. und Graf Friedrich als Graf von W. B. eingeeingetragen ist, und geben nach §. 8 Abs. 2 des II. Titels der Beilage V. zur bayerischen Verfassungsurkunde beglaubigte Auszüge aus der Adelsmatrikel den vollkommenen Beweis für den Adelsstand einer immatrikulirten Familie. Es kann hiegegen nicht in Betracht kommen, wenn Fürst Ludwig von Oe. W., wie behauptet wird, in Folge seiner Heirath von der Regierung abgetreten sein soll, da dieß nicht ausschließt, daß seine Descendenten seines Standes theilhaftig geworden sind. Hiezu kommt, daß nicht behauptet werden konnte, es sei innerhalb der gräflich B.'schen Familie die Ebenbürtigkeit des Grafen Friedrich je beanstandet worden, derselbe vielmehr in dem von der königlich bayerischen Regierung veröffentlichten Familienstatut vom 22. August 1851 als successionsfähiger Agnat anerkannt worden ist, auch ihm von dem für standesherrliche Vormundschaften zuständigen Appellationsgerichte zu Freysing in der Person von adeligen Standesgenossen Vormünder bestellt worden sind, und es so den Gläubigern seines Vaters nicht zukommen kann, die anerkannten Statutsrechte des Grafen Friedrich anzufechten.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Dezember 1872 in der Berufungssachsache Heß u. G. c. die Grafen von W. B.

19) Verpfändung von Familienfideikomißgütern.

Wenn auch im gemeinen Rechte bestritten ist, ob Familienfideikomißgüter veräußert und verpfändet werden können, so ist doch die Praxis der Gerichte in Württemberg und insbesondere auch das Obertribunal seit langer Zeit und konstant der Ansicht Derjenigen beigetreten, welche die Veräußerung und Verpfändung zulassen und als rechtsbeständig erachten, wenn die Einwilligung sämmtlicher lebenden Agnaten dazu erfolgt ist.[1] Diese Zustimmung ist aber in vorliegendem Falle erfolgt, da der für den einzigen, zur Zeit der Verpfändung vorhandenen, damals noch minderjährigen Agnaten, den Grafen Friedrich, und auch für die etwaigen weiteren Nachkommen des Kridars gerichtlich bestellte Spezialkurator, Fürst Ludwig von Oe. W., seine Zustimmung ertheilt hat und diese Zustimmung von der obervormundschaftlichen Behörde, dem K. bayerischen Appellationsgerichte in Freysing, genehmigt worden ist.

**Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1872 in der Berufungssache Waldbott Bassenheim c. Hofbank und Gen.**

20) Obervormundschaftliche Behörde für Standesherren nach bayerischem Rechte.

Zur Verpfändung eines standesherrlichen Familienfideikomißgutes hatte der Vormund des einzigen zur Zeit der Verpfändung lebenden minderjährigen Agnaten zugestimmt und es hatte das K. bayerische Appellationsgericht zu Freysing, als obervormundschaftliche Behörde, diese Zustimmung genehmigt. Diese Genehmigung wurde später angefochten, weil nach bayerischem Rechte die zuständige Stelle hiezu das K. bayerische Justizministerium gewesen wäre, indem die in §. 10 der Beil. IV. zur bayerischen

[1] Vrgl. Volley, Kommentar zum Pfandgesetz Bd. I. S. 46 Note 4 Ziff. 1. und die dort Angeführten; Kapff, Civilrechtssprüche Bd. I. S. 1—13.

bayerischen Verfassungsurkunde festgestellte Oberaufsicht des Justizministerium als Obervormundschaft zu verstehen und durch das Gerichtsverfassungsgesetz hieran Nichts geändert worden sei. Diese Einwendung wurde nicht als gegründet erachtet und dießfalls in den Entscheidungsgründen des Obertribunals bemerkt:

Die Einwendung, es sei nicht das Appellationsgericht, sondern das K. bayerische Justizministerium nach dem §. 10 der Beil. IV. zur bayerischen Verfassungsurkunde zur Genehmigung der Zustimmung des Vormundes zuständig gewesen, ist zu verwerfen, da nach den dießfalls unbedingt maßgebenden Entscheidungen des k. bayerischen Justizministerium und des Oberappellationsgerichtes in München, welche mehrfach in den Jahren 1844, 1846, 1847, 1863 und 1865 erfolgt und in den Blättern für Rechtsanwendung in Bayern[1] veröffentlicht sind, dem K. bayerischen Justizministerium nur die Oberaufsicht über standesherrliche Vormundschaften, nicht die Obervormundschaft zusteht.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1873 in der Berufungssache Waldbott Bassenheim c. Hofbank u. Gen.

## 21) Rogation der Testamentszeugen.[2]

Johann David Keefer von Sch. schloß mit seiner zweiten Ehefrau den 21. Januar 1865 zu Canstatt einen Ehe- und Erbvertrag unter Zuziehung, wie es heißt, von erbetenen je drei Zeugen eines jeden Ehegatten und unter schriftlicher Aufnahme des Vertrages durch den mitanwesenden Amtsnotar B. Nach dem Tode beider Ehegatten entstand zwischen den Erbsinteressenten Streit, wobei unter Anderem auch geltend gemacht wurde, daß eine in dem Erbvertrage enthaltene Verfügung des Ehemannes eventuell auch als Testament aufrecht zu erhalten sei, indem ange-

[1] Bd. XI. S. 360, insbes. 361—364; Bd. XXIX. S. 62 Ziff. 4; Bd. XXXI. S. 86—89.

[2] Vergl. dieses Archiv Bd. XIII. S. 297 ff.; Bd. X. S. 200.

nommen werden müsse, daß der Ehemann ein solches habe errichten wollen, da sieben Zeugen beigezogen und auch die übrigen Förmlichkeiten erfüllt seien. Hiegegen wurde in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen bemerkt:

Hat auch das Geschäft vom 21. Januar 1865 nach der Art und Weise seiner formellen Behandlung Manches mit dem Testamente gemein, so daß man darin die Form eines schriftlichen oder mündlichen gemeinrechtlichen Testamentes vor sieben Zeugen oder des in der württemb. Praxis zugelassenen, der gemeinrechtlichen Form entsprechenden Testamentes vor Notar und fünf Zeugen könnte finden wollen, so ist jedenfalls der Zeugenpunkt, der das Testament vom Erbvertrage hauptsächlich unterscheiden müßte, nicht so gestaltet, daß er ein Testament erkennen ließe. Denn während zu den Förmlichkeiten eines Testamentes unerläßlich ist, daß jeder der beiden Ehegatten die Zahl von sieben Zeugen oder beziehungsweise einen Notar und fünf Zeugen für sich rogirte (Landrecht Thl. III, Tit. 3 §. 14, Tit. 7 §. 5), und daß diese sämmtlichen Zeugen sich als die Zeugen eines jeden Ehegatten betrachteten und als solche handelten, sind, wie der Vertrag ausdrücklich besagt, von jedem der beiden Ehegatten für sich je nur drei Zeugen erbeten worden und haben die drei Zeugen des Mannes nur für diesen, die drei Zeugen der Frau aber nur für die letztere gehandelt und am Schlusse je abgesondert die drei ersteren ausdrücklich nur als „Zeugen des Ehemannes" und die drei letzteren als „Zeugen der Ehefrau" unterzeichnet, der Amtsnotar B. aber hat den Vertrag zwar geschrieben und nebst den Unterschriften der Eheleute und der Zeugen beglaubigt, er hat sich aber nicht als Zeugen betrachtet, weil er blos sechs Vertragszeugen für nöthig hielt, und ist von den Eheleuten jedenfalls nur als Schriftverfasser und nicht in der Eigenschaft als „Solennitätszeuge" zugezogen worden. Hieraus geht hervor, daß nur den Vorschriften des Landrechtes Thl. III, Tit. 8 §. 3 über die Zuziehung von

Zeugen zu Erbverträgen der Eheleute entsprochen werden wollte und entsprochen worden ist, keineswegs aber eine Rogation der erforderlichen Zeugenzahl zu einem Testamente beabsichtigt wurde und stattgehabt hat. Es läßt sich nicht einwenden, daß anzunehmen sei, die beiden Eheleute hätten alle sieben Anwesenden als Zeugen eines jeden von ihnen betrachtet wissen wollen, welche ihr Testament mit anzuhören haben. Denn diese angebliche Absicht hätte jedenfalls keinen Ausdruck gefunden und wird dadurch widerlegt, daß die Eheleute, wenn sie diese Absicht gehabt hätten, die Zeugen nicht in dem Irrthum, als ob sie hälftig nur die Zeugen des Mannes und hälftig die der Frau seien, hätte belassen können. Es könnte deßhalb auch nicht von einer Konversion der Förmlichkeiten des Erbvertrages in die des Testamentes die Rede sein, sonst müßte man zuletzt mit gleichem Grunde überall, wo bei irgend einem Rechtsakte sieben Personen zugegen sind, bei Hinzutritt einer letztwilligen Disposition die Rogation dieser Personen zu Testamentszeugen als geschehen fingiren, wenn sie gleich nicht geschehen ist, blos weil sich nachträglich zeigte, daß sie hätte geschehen sollen, und würde man so zu einer förmlichen Umgehung dieses wesentlichen Erfordernisses gelangen.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Januar 1873 in der Berufungssache Keefer c. Keefer.

22) Einseitige letztwillige Verfügungen eines Ehegatten in einem Ehe- und Erbvertrag.

In einem Rechtsstreite, in welchem Ansprüche auf die in einem Ehe- und Erbvertrage enthaltene einseitige, als Vulgarsubstitution geltend gemachte Verfügung des Ehemannes gegründet wurden, wurde geltend gemacht, daß es für die Giltigkeit einer in einem Erbvertrage enthaltenen Verfügung unerheblich sei, ob die Verfügung eine zweiseitige oder eine blos einseitige sei, indem das Landrecht Thl. III, Tit. 8, §. 3, 4 auch einseitige Verfügungen in

Ehe- und Erbverträgen zulasse. Hiegegen wurde in den Gründen zu der oberstrichterlichen Entscheidung ausgeführt:

Die Aufstellung, daß die behauptete letztwillige Verfügung auch ohne Testamentsform in der bloßen Form des Erbvertrages giltig sei, indem nach der Vorschrift des Landrechtes eine solche einseitige Verfügung mit ihrer Aufnahme in einen Erbvertrag giltig werde, ist nicht gegründet. Im gemeinen Rechte ist dem Erbvertrage keineswegs eine solche privilegirte Stellung eingeräumt, daß nothwendig Alles, was möglicher Weise in ihm enthalten ist, unter seine Wirkung fallen müßte. Er ist nur ein Vertrag, nach den Grundsätzen des Vertrages zu beurtheilen und kann nur soweit wirksam sein, als er vertragsmäßige Feststellungen enthält. Einseitige Willensakte eignen sich nicht für den Vertrag, für sie besteht, wenn sie letztwillig sind, das Testament und dieses darf ebensowenig mit dem Erbvertrag vermischt werden, als dieser auf das Testament einwirken kann.[1] Die einseitige Verfügung eines Kontrahenten im Erbvertrage kann daher nur dann und insoweit als Erbvertrag bindend werden, wenn und soweit der andere Kontrahent sich zu deren Anerkennung und Erfüllung obligatorisch verpflichtet. Wo dieß nicht geschieht, hat die einseitige Verfügung aus dem „Erbvertrag“ keine Wirkung und kann ihre Giltigkeit erst nach den über sie bestehenden gesetzlichen Vorschriften erhalten, namentlich ist, wo neben den Berednungen des Erbvertrages noch eine weitere letztwillige Disposition des Erblassers Bedürfniß ist, diese mittelst einer besonderen Verordnung von Todes wegen zu treffen.[2] Wenn daher dieses letztere bezüglich der Vulgarsubstitution materiell nothwendig war, so war hierüber ein besonderes Testament zu errichten. An

[1] Bolley, Gesetz über Erbverträge S. 300; Beseler, Erbverträge Bd. II. 1 S. 314, 315, 316, 322; vergl. Reyscher, württ. Privatrecht §. 690.

[2] Bolley a. a. O. Art. 45.

diesen gemeinrechtlichen Grundsätzen hat das Landrecht Thl. III, Tit. 8 §. 3 Nichts geändert. Denn es hat nicht bestimmt, daß ein Erbvertrag zugleich ein Testament sei oder als ein solches gelten solle, was begrifflich unmöglich und ein innerer Widerspruch wäre, da ein zweiseitiges Rechtsgeschäft nicht für ein einseitiges, und ein zweiseitiger Wille nicht für einen einseitigen erklärt werden kann, sondern es hat nur festgesetzt, daß erbrechtliche Eheberedungen vor sechs Zeugen die gleiche Kraft und Wirkung, wie ordentlich aufgerichtete Testamente haben sollen. Hiemit ist nicht ausgesprochen, daß auch einseitigen Willenserklärungen, welche nicht Gegenstand der Vertragsberedung geworden und nur ungehöriger Weise in den Text des Vertrages gekommen sind, die Kraft des Testamentes zukommen soll. Für solche einseitige Willenserklärungen trifft der Begriff des Vertrages nicht zu und ebenso wenig kommt ihm die Form des Vertrages zu Statten, weil diese Form blos für die vertragsmäßigen Verabredungen eingeräumt ist. Die Voraussetzungen des Landrechtes für die Giltigkeit der Ehe- und Erbverträge können daher auf solche einseitige Willenserklärungen nicht angewendet werden und zwar ist man hiezu um so weniger berechtigt, als das Landrecht mit seiner Anordnung blos bezweckte, die Erbverträge, deren Giltigkeit damals noch nicht allgemein anerkannt war, zunächst nur überhaupt als erbrechtlichen Delationsgrund anzuerkennen, keineswegs aber hiemit Abweichungen von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Gesetzesvorschriften über Verträge und Testamente verbunden werden wollten. Es ist daher durch das Landrecht ausgeschlossen, daß in Fällen, wo nur durch Testament verfügt werden kann, weil die zu treffende einseitige Disposition kein Gegenstand der Obligirung des anderen Theiles ist, gleichwohl ebenso wirksam durch Aufnahme der einseitigen Verfügung in den Erbvertrag gehandelt werden könnte, also der Erbvertrag unter allen Umständen das Testament zu ersetzen vermöchte,

und dadurch, daß in §. 3 und 4 Dispositionen des einzelnen Gatten zu Gunsten seiner Verwandten im Erbvertrag zugelassen sind, ist vom Landrecht keineswegs anerkannt, daß jede einseitige Disposition in Erbverträgen giltig sei, vielmehr ist gerade auch hier als nothwendig vorausgesetzt, daß solche Dispositionen die Vertragsnatur erlangt haben müssen, d. h. daß der mitkontrahirende Ehegatte sich zu ihrer Erfüllung verpflichtet habe.[3] Soweit dieß für einen Disponenten im einzelnen Falle etwa störend ist, bleibt ihm ja überlassen, anstatt eines Erbvertrages ein gegenseitiges oder korrespektives Testament zu errichten, mittelst dessen er seine verschiedenen Zwecke auf einmal erreichen kann. Im Uebrigen ist auch die vorgeschriebene Form der Ehe- und Erbverträge eine weit weniger solenne als bei dem Testamente, insofern bei ihr namentlich weder eine Rogation der Zeugen, noch ein Aktuar, noch die Einheit des Aktes verlangt wird und die Zuziehung der Zeugen hauptsächlich nur infolge des besonderen Einflusses zwischen den Eheleuten zum Schutze gegen die vielfache Gelegenheit zu wechselseitiger Hintergehung gefordert ist.[4]

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Januar 1873 in der Berufungssache Keefer c. Keefer.

## 23) Nacherbeinsetzung in einem Ehe- und Erbvertrag.

In einem am 21. Januar 1865 errichteten Ehe- und Erbvertrag hatten beide Eheleute, jedes das andere, je für den Fall des Vorabsterbens zu seinem Universalerben eingesetzt, beiderseits mit der Verpflichtung für das Ueberlebende, daß auf dessen Tod das Gesammtvermögen mittelst Nachholung der ehelichen Gesellschaftstheilung in zwei Erbsmassen abgetheilt und die Erbsmasse des erstverstorbe-

---

[3] Griesinger, Kommentar Bd. V., S. 248.

[4] Griesinger, Kommentar Bd. VII., S. 12; Bd. V., S. 250; Bolley, Erbverträge Art. 8 S. 281, 307; Württ. Archiv Bd. VI., S. 231, 232 Note.

nen Gatten, bestehend in seinem Beibringen und der Hälfte der Errungenschaft, an die durch Erbvertrag, Testament oder Gesetz bestimmten Fideikommißerben des Erstverstorbenen herausgegeben werden, die Erbsmasse des Ueberlebenden aber, bestehend in dessen Beibringen und der andern Hälfte der Errungenschaft an die Vertrags-, Testaments- oder gesetzlichen Erben des überlebenden Theiles fallen solle; die Ernennung dieser beiderseitigen Erben wurde der Willkür jedes Ehegatten überlassen. Von Seiten des Ehemanns war dann noch in einer besonderen Ziffer bestimmt worden, daß er vorläufig, unter Vorbehalt späterer anderer Verfügung, als die Erben seiner, nach seinem und seiner Ehefrau Tod zu vertheilenden, in seinem Beibringen und der halben Errungenschaft bestehenden Verlassenschaft diejenigen nächsten Seitenverwandten ernannt haben wolle, welche nach dem Gesetze seine Erben sein würden, mit Ausnahme einiger verschollener Verwandten. Am 22. April 1869 starb die Ehefrau und es trat der Wittwer am 23. November 1869 in eine andere Ehe, nachdem er sich mit den Fideikomißerben seiner verstorbenen Ehefrau durch einen Erbabfertigungsvertrag abgefunden hatte. Diese weitere Ehe wurde am 13. März 1871 durch den Tod des Ehemanns getrennt und es hinterließ derselbe als Intestaterben seine Wittwe und mehrere vollbürtige Geschwister und Geschwisterkinder. Die Wittwe nahm die Hälfte der Verlassenschaft in Anspruch, die Geschwister und Geschwisterkinder des Erblassers aber machten geltend, daß der Wittwe nur der Pflichttheil gebühre, weil der Verstorbene in dem Ehe- und Erbvertrage mit seiner ersten Ehefrau nur seine Seitenverwandten zur Erbschaft berufen, seiner zweiten Ehefrau aber nicht gedacht habe. Von der Wittwe wurde dagegen bestritten, daß der gedachte Erbvertrag der Vertheilung der Verlassenschaft des Erblassers zu Grund zu legen sei, indem unter Anderem geltend gemacht wurde, daß der Ehemann die fragliche Erbeinsetzung seiner Seitenverwandten in dem Erbvertrage nicht für alle

Fälle, nämlich nicht auch für den Fall, wenn seine Ehefrau vor ihm sterben würde, also nicht als Vulgarsubstitution vorgenommen, sondern jene Erben nur als fideikommissarische Substituten auch auf den einstigen Tod der ihn überlebenden Ehefrau eingesetzt habe, als welche sie in Folge der Vorabsterbens der Letzteren vor dem Ehemann wieder weggefallen seien. Dieser Anschauung ist das Obertribunal beigetreten und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

In dem Ehe- und Erbvertrag vom 21. Januar 1865 haben die Ehegatten einander wechselseitig zu Erben eingesetzt und hat sich der überlebende Gatte in der Eigenschaft eines Fiduziarerben zur Herausgabe eines, in bestimmter Weise zu bildenden, vertragsmäßigen Universalfideikomisses an die fideikomissarischen Erben des erstverstorbenen Theiles verpflichtet, durch welche Verpflichtung diesen Fideikomißerben entsprechende Rechte auf die Fideikomißerbschaft gegen den Ueberlebenden begründet wurden. Dagegen hat, wie in der Natur der Sache liegt, der Erstversterbende gegen die Erben des überlebenden Theiles keine Verbindlichkeit übernommen, weil diese ihre Rechte ausschließlich von dem Ueberlebenden abzuleiten haben, in dessen Willkür auch ihre Ernennung gestellt ist. Der Vertrag mit seinen obligatorischen Verabredungen umfaßt also nur die Eheleute und die Fideikomißerben des erstversterbenden Gatten; die künftigen Erben des überlebenden fallen außerhalb des Vertrages. Wenn daher der Ehemann und die Ehefrau in dem Vertrage je bestimmte Seitenverwandte nach ihrer beider Tode als ihre Erben bezeichnen, so kann dieß nicht nur keine vertragsmäßige Einsetzung der Erben des Ueberlebenden bedeuten, sondern man wird vielmehr nach den Grundzügen des Vertrages darauf hingeführt, daß unter den bezeichneten Erben von Seiten eines jeden Ehegatten zunächst überhaupt nur die dem überlebenden Theile fideikomissarisch substituirten Erben gemeint sein sollten, insofern der Vertrag nur für diese

Fideikomißerben eine gleichzeitige Ernennung erheischte und derselbe in dem Sinne auszulegen ist, daß in ihm nicht bloß im Ganzen, sondern auch in seinen einzelnen Bestimmungen die Vertragsnatur zutreffe, ihm also keine fremdartigen Bestimmungen, welche, wie die Ernennung der Erben des Ueberlebenden, zufolge seines eigenen Inhalts zum Vertragsrechte ungeeignet sind, beigemischt seien. Dieser Annahme stehen auch andere Anhaltspunkte zur Seite. Daß nämlich die Erbeinsetzung der Seitenverwandten des Mannes eine fideikomissarische ist, geht im Zusammenhalt mit den angeführten Umständen unzweifelhaft daraus hervor, daß der Ehemann nach seinem Tode seine Ehefrau zur Erbin eingesetzt und zur alleinigen Eigenthümerin seines Nachlasses bis zu ihrem Tode erklärt hatte, und daß er die weiteren Erben dann erst „nach seinem und seiner Ehefrau Tod“ beruft. Hiemit ist ausgedrückt, daß sie erst nach dem Tod auch dieser Erbin und Eigenthümerin seines Nachlasses berufen sein sollen und es ist nicht etwa bloß die Leistung an sie, sondern auch die Delation des Erbrechtes vom Tode der Frau abhängig gemacht. Nach der allgemeinen Annahme der Rechtslehrer wird eine solche Ernennung des Nacherben von einem künftigen Zeitpunkte an einer fideikomissarischen Nacherbeinsetzung gleich geachtet und ein Fideikomiß, welches der Erbe erst zur Zeit seines Todes abtragen soll, für ein bedingtes gehalten, bei welchen der Todestag des zuletzt absterbenden Gatten als der dies cedens und veniens betrachtet wird.[1] Zugleich stimmt mit dieser Ernennung nach dem Tode der überlebenden Frau überein, daß auch die Bildung der beiden Erbsmassen, an welche die Erben berechtigt sein sollen, erst auf diesen Zeitpunkt stattzufinden hat. Steht daher fest, daß die Erbenernennungen jedenfalls einen fideikomissarischen Cha-

---

[1] Vrgl. Bolley, Gesetzentwurf über Erbschaftsverträge Art. 25 und Motive S. 319; Derselbe, Korresp. Test. S. 24 u. Note.

rakter haben, so müßte somit nachgewiesen werden, daß die kontrahirenden Eheleute noch außerdem die Absicht gehabt hätten, daß ihre Erbesberufung daneben auch noch die Bedeutung einer gemeinen Nacherbeseinsetzung haben solle, d. h. daß der Ehemann seine Seitenverwandten auch für den Fall, wenn seine Frau vor ihm sterben und er sie überleben würde, zu Erben zu berufen beabsichtigt habe. Hiegegen spricht aber, daß eine solche Absicht in dem Geschäfte vom 21. Januar 1865 nirgends einen Ausdruck gefunden hat. .... Es läßt sich auch nicht behaupten, daß ein fideikomissarisch substituirter Erbe von selbst zugleich als vulgariter substituirt zu gelten habe, weil die Berufung Beider auf konträre Fälle, nämlich beim ersteren auf den Fall, daß der Fiduziar Erbe geworden ist, beim letzteren dagegen auf den Fall, daß der Vorerbe nicht Erbe geworden ist, gerichtet ist und daher stets die Absicht des Testirers, eine Verbindung dieser konträren Fälle vorzunehmen, thatsächlich ausgedrückt sein muß. Ferner würde die Unterstellung einer Kumulirung der Vulgarsubstitution mit der fideikomissarischen Substitution in vorliegendem Falle ganz verschiedene Grundlagen haben und zu verschiedenen Wirkungen führen. Denn, was das letztere betrifft, so würde der Ehemann mittelst derselben Worte seine Erben das eine Mal (bei der fideikomissarischen Substitution) nach dem Zeitpunkte des Todes seiner Frau, das andere Mal aber (bei der Vulgarsubstitution) nach dem Zeitpunkte seines Todes berufen, also leichtmöglicher Weise zweierlei verschiedene Erben ernannt haben.[2] Deßgleichen würde in beiderlei Fällen die Erbsmasse nach diesen verschiedenen Todeszeitpunkten je von verschiedenem Bestande sein, insofern der Ueberlebende bis zu seinem Tode frei über das Gesammtvermögen disponiren durfte und die Ehegatten von diesem Rechte in verschiedenem Maße

---

[2] Vrgl. Bolley, korresp. Test. S. 50.

Gebrauch machen könnten. Was aber die verschiedenen Grundlagen jener Kumulirung anbelangt, so würden die Fideikomißerben auf Vertragsrecht, die Ernennung der Vulgarsubstituten aber könnte nur auf einer testamentarischen Verfügung beruhen, es müßte also die fragliche Verfügung sowohl als Vertragsbestimmung wie als Testament aufgefaßt, sowohl als zweiseitiges Rechtsgeschäft unter Lebenden wie als einseitiges Rechtsgeschäft von Todeswegen verstanden werden, somit zweierlei ganz verschiedene Rechtsinstitute durch ein und dieselben Worte zur Anwendung gebracht sein, was rechtlich unvereinbar wäre.[3] Endlich kommt in Betracht, daß die beiden Ehegatten keinen Grund hatten, für den Fall des Ueberlebens jetzt schon ihre Verfügungen zu treffen für Verhältnisse, deren Gestaltung sie nicht voraus wissen konnten... Unter diesen Umständen kann daher von der Anwendung des Satzes des kanonischen Rechtes, daß im Zweifel beiderlei Arten von Substitution als beabsichtigt anzunehmen seien, keine Rede sein, da die fideikomissarische Substitution gewiß ist, gegen die Annahme einer konkurrirenden direkten Substitution aber überwiegende Wahrscheinlichkeitsgründe sprechen.[4] Hat man hienach in dem Vertrage zwar fideikomissarisch substituirte Erben, welche dadurch, daß der andere Ehegatte sich auch diesem Dritten gegenüber obligiren wollte, ein vertragsmäßiges Erbrecht erlangten, fehlt es dagegen rücksichtlich der Frage von einer Vulgarsubstitution schon an einem Anhaltspunkte für die Absicht des Ehemanns zu einer solchen Substitution, geschweige daß das Vertragsrecht auf sie Anwendung zu finden hätte, so können die Kläger, nachdem ihre fideikomissarische Einsetzung durch das Verabsterben

---

[3] Beseler, Erbverträge Bd. II. 1 S. 314—316, 322—325, 332.

[4] Vrgl. Glück, Kommentar, Bd. XL. S. 255, 256, 257; Sintenis, Civilrecht Bd. II. §. 174 S. 421—422, Note 1 in fine.

[5] Vrgl. Seuffert, Archiv Bd. XXVII. S. 20.

der Fibuziarerbin wieder hinfällig geworden ist,[6] aus dem Grunde des Vertrages überhaupt keine Ansprüche geltend machen.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Januar 1873 in der Berufungssache Keefer c. Keefer.

24) Wirkung der Entlastung des Schuldners nach englischem Konkursrecht gegenüber einer vor den württembergischen Gerichten erhobenen Klage.

Die Ehefrau des Kaufmanns Wehner in London, welche in Gaisburg, O.-A. Stuttgart, wohnte, hatte sich für eine Waarenschuld ihres Ehemannes im Betrage von 7366 fl. gegen das Handlungshaus Wolter und Seeger in Leipzig verbürgt. Als dieselbe auf Grund dieser Bürgschaft vor den württembergischen Gerichten auf Zahlung belangt wurde, wandte sie unter Anderem ein, die Bürgschaft sei ungiltig, weil schon zur Zeit der Verbürgung der Hauptschuldner in dem in London gegen ihn eingeleiteten Arrangementsverfahren durch Beschluß der Mehrheit seiner Gläubiger seine Entlastung („discharge") erwirkt gehabt habe, was nach englischem Konkursrechte seine endgiltige und vollständige Befreiung auch von dem nicht bezahlten Theile seiner Verbindlichkeit nach sich ziehe,[1] wonach also zur Zeit der Verbürgung eine Hauptschuld gar nicht mehr bestanden habe; eventuell, wenn auch der Hauptschuldner seine Entlastung erst nach der Verbürgung durch seine Ehefrau erhalten hätte, wäre die Bürgschaftsverbindlichkeit mit der Hauptschuld gleichfalls erloschen. Die Frage des Bestehens der Hauptschuld sei aber nach englischem Rechte zu beurtheilen, weil sie in England entstanden und dort zahlbar gewesen sei. In

[6] Dieses Archiv Bd. XIII. S. 431; Bd. X. S. 206.

[1] Vgl. auch Mittermaier, in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XV. S. 356 ff.

keinem Falle könne die Bestimmung des württembergischen bezw. des gemeinen Rechtes über die Wirkungen des Zwangsnachlasses hieher anwendbar sein. Von einem solchen Zwangsnachlasse, den auch das englische Recht kenne, handle es sich hier nicht; das hier in Frage kommende Verfahren sei ein außergerichtliches mit ganz besonderen Bestimmungen, welches sich dadurch charakterisire, daß die Majorität der Gläubiger beliebig den Schuldner mit der Wirkung entlasten könne, daß er nichts mehr schulde. Das englische Bankerottgesetz von 1869 bestimmt nämlich in Satz 125 Ziff. 9 bezüglich der liquidation by arrangement, daß die Vorschrift dieses Gesetzes in Bezug auf den Schluß des Bankerotts, Entlastung des Schuldners und des Verwalters und Prüfung der Abrechnung bei einem Schuldner nicht gelten solle, dessen Angelegenheiten durch Arrangement liquidirt werden, sondern der Schluß des Verfahrens könne festgestellt und die Entlastung des Schuldners bewilligt werden durch eine Spezialresolution seiner Gläubiger in der Generalversammlung und die Rechnung möge geprüft werden in Verfolgung solcher Resolution zu solcher Zeit und in solcher Weise und zu solchen Bestimmungen und Konditionen, wie es den Gläubigern beliebe. Im Anschlusse hieran bestimme dann Ziff. 10 weiter, der Kurator solle dem Registrator die Entlastung des Schuldners berichten, und ein Zeugniß über solche Entlastung, ausgestellt durch den Registrator, solle die nämliche Wirkung haben, wie ein Entlastungsdekret (order of discharge) im ordentlichen Konkursverfahren. Ein solches Entlastungszeugniß sei aber von dem Registrator („registrar“) im Wehner'schen Debitverfahren dahin ausgestellt worden: „Sintemal die Kuratoren bei der Liquidation beglaubigt und amtlich berichtet haben, daß eine Generalversammlung der Gläubiger des A. Wehner am . . abgehalten worden und daß die Entlastung des Schuldners damals durch einen Spezialbeschluß der damals versammelten Gläubiger gewährt worden sei, sobald (so soon as) der Aufsichtsaus-

schuß oder die Majorität desselben in dieser Sache mit ihrer Unterschrift beglaubigt hätte, daß der Schuldner den wahrhaften Stand seiner Angelegenheiten dargelegt habe, und wir beglaubigen auch und berichten amtlich, daß eine Majorität des Aufsichtsausschusses mit ihrer Unterschrift beglaubigt hat, daß der besagte Schuldner den wahrhaften Stand seiner Angelegenheiten dargelegt habe, — so beglaubige ich demzufolge diese Entlastung in Gemäßheit des diesbezüglichen Gesetzes." Hienach habe schon zur Zeit der Verbürgung die Hauptschuld nicht mehr bestanden. Das Obertribunal erkannte jedoch diese Einrede nicht als gegründet und es wird in den Entscheidungsgründen dießfalls ausgeführt:

Das Nichtbestehen der Schuld des Ehemanns der Beklagten zur Zeit der Verbürgung, eventuell die nachträgliche Aufhebung derselben wird lediglich auf die Bestimmungen des englischen Konkursrechtes gestützt. Dieses ist aber für den württembergischen Richter nicht maßgebend. Der Konkurs erscheint an sich nur als ein generelles Exekutionsverfahren und berührt daher den Fortbestand der bei der betreffenden Gantmasse ganz oder theilweise ausgefallenen Forderungen nicht. Auswärtige Staaten erkennen in Ermanglung von internationalen Verträgen unter Berufung auf ihre selbständige staatliche Jurisdiktion die jurisdiktionelle Kompetenz des ihnen fremden Konkursgerichtes nicht an, unterwerfen das in ihrem Gebiete befindliche Vermögen der durch den fremden Konkursrichter verfügten Beschlagnahme nicht und es bleibt ebendeßhalb der Fortbestand der Forderungen von nicht dem Staate, wo der Konkurs eingeleitet ist, angehörigen Gläubigern durch diesen unberührt, so lange und soweit dieselben ihre Befriedigung aus Vermögensobjekten beanspruchen, welche der Gerichtsbarkeit jenes Konkursgerichtes nicht unterliegen. Dieß gilt in erhöhtem Maße, wenn, wie hier, nach dem Rechte der auswärtigen Konkursordnung in einem außergerichtlichen Verfahren lediglich durch den Mehrheitsbeschluß

der erschienenen Gläubiger die Befreiung des Schuldners von dem nicht getilgten Reste seiner Schulden ausgesprochen werden kann. Denn ein solches singuläres Gesetz kann nur diejenigen Gläubiger verpflichten, welche denselben wegen ihrer Staatsangehörigkeit unterworfen sind oder sich denselben unterworfen haben. Beides trifft in gegenwärtigem Falle nicht zu, da die Kläger keine englischen Staatsangehörigen sind und auch nicht behauptet ist, daß sie sich in das in London anhängige Debitverfahren eingelassen haben.[2]

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Dezember 1872 in der Berufungssache Wehner c. Walter und Seeger.

## 25) Das Vorzugsrecht der öffentlichen Abgaben.

Der Art. 4 Ziff. 2 des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825 räumt den laufenden Staats-, Amtskörperschafts- und Gemeindeabgaben sammt den Rückständen von zwei Jahren — welche Rückstände jedoch, wenn sie nicht von den nächst vorangegangenen zwei Jahren herrühren, den Betrag der Abgaben von diesen letzteren nicht übersteigen dürfen — ein Vorzugsrecht erster Klasse ein. Die Auslegung dieser Gesetzesbestimmung ist bekanntlich bestritten. Während die eine Ansicht dahin geht, daß durch dieselbe sämmtlichen Staats-, Amtskörperschafts- und Gemeinde-Abgaben ein Vorzugsrecht eingeräumt sei,[1] hat das Obertribunal die Gesetzesbestimmung stets dahin ausgelegt, daß nach ihr, mit Ausschluß der sog. unständigen Abgaben, nur denjenigen das Vorzugsrecht zukomme, welche in bestimmten, regelmäßig wiederkehrenden Zeitperioden verfallen. In dieser Weise hat sich das Obertribunal sowohl in mehreren Gutachten vom 14. November 1827, 15. März 1830,

---

[2] Vgl. Seuffert, Archiv Bd. XXVI. Nro. 1.

[1] Sarwey, Monatschrift Bd. IX. S. 188 ff., 198 f.; Richter, Auss. über verschiedene Rechtsfragen S. 156 ff.

11. August und 11. Dezember 1834,[2] als auch in einer Reihe von zum Theil veröffentlichten Entscheidungen, deren älteste vom 20. Dezember 1845 datirt, konstant ausgesprochen.[3] Der Ansicht des Obertribunals, welcher sich beinahe alle württembergischen Gerichte angeschlossen haben, ist jedoch neuerdings Göz[4] sehr entschieden entgegengetreten, und es ist dieselbe auch in zwei in jüngster Zeit an das Obertribunal gelangten Rechtssachen wieder zu bekämpfen versucht worden. Das Obertribunal hat jedoch auch jetzt wieder auf seiner Ansicht beharrt.

In der ersten Sache handelte es sich um Malzsteuer und Wirthschaftssportel und hatten das Bezirks- wie das Kreisgericht diesen Abgaben im Anschluß an die Ansicht des Obertribunals ein Vorzugsrecht abgesprochen. Die hiegegen erhobene, auf Ziff. 15 des Art. 733 der Civilprozeßordnung gegründete und an die Göz'schen Ausführungen sich anschließende Nichtigkeitsklage wurde von der Civilkammer des Obertribunals als ungegründet verworfen und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe:

Die von dem Gerichtshofe adoptirte Auslegung der Ziff. 2 des Art. 4 des Prioritätsgesetzes steht in vollem Einklang mit der Seitens des Obertribunals von jeher zur Anwendung gebrachten, wonach das Vorzugsrecht erster Klasse nicht allen öffentlichen Abgaben, sondern, mit Ausschluß der sogenannten unständigen Abgaben, nur denjenigen eingeräumt ist, welche in bestimmten regelmäßig wiederkehrenden Zeitperioden verfallen. Diese Auslegung, deren Gründe im Einzelnen dem Nichtigkeitskläger durch eine Reihe theilweise veröffentlichter Entscheidungen bereits bekannt geworden sind, stützt sich vorzugsweise auf die Worte

---

[2] Hufnagel, Mittheilungen Bd. I. Nr. 59 S. 147 f.; Sarwey, Monatschrift Bd. XVIII. S. 172.

[3] Sarwey, Monatschrift Bd. XVIII. S. 175 ff.; Tafel, Civilrechtsspr. Bd. II. S. 168 f.; vergl. auch Probst in Sarwey's Monatschrift Bd. IX. S. 199 ff.

[4] Württ. Gerichtsblatt Bd. V. S. 34 ff.; Bd. VI. S. 128 ff.

des Gesetzes, indem in demselben nur von laufenden Staatsabgaben und deren Rückständen die Rede ist, während der Ausdruck „laufend" dem allgemeinen Sprachgebrauche gemäß auf bloß zufällige, unständige Leistungen ohne Zwang sich nicht wohl anwenden läßt. Sie legt ferner Gewicht auf die Bestimmung am Schlusse der Ziff. 2 des Art. 4, daß die nicht von den nächstvorangegangenen zwei Jahren herrührenden Rückstände den Betrag der Abgaben von diesen letzten nicht übersteigen dürfen, eine Bestimmung, welche nur auf die in regelmäßigen Perioden verfallenden Abgaben paßt, während bei den zufälligen von einem Jahresbetrag nicht gesprochen werden kann. Sie beruft sich sodann auf den Geist des Gesetzes, welches mit Unterordnung des unmittelbaren fiskalischen Interesses die möglichste Sicherung der Pfandgläubiger bezweckt, ein Zweck, dessen Erreichung durch die Einräumung eines Vorzugsrechtes für die unständigen Abgaben, bei der Unmöglichkeit, deren Größe im Voraus mit Wahrscheinlichkeit in Berechnung zu nehmen, nothwendig wieder in Frage gestellt worden sein würde. Sie macht endlich geltend, daß die frühere Gesetzgebung keine Auslegungsquelle für das auf wesentlich verschiedenen Prinzipien gebaute Prioritätsgesetz abgeben könne.

Diese Auslegung wurde Seitens des Obertribunals sowohl in an das K. Justizministerium erstatteten Gutachten als in Entscheidungen seit mehr als 40 Jahren konsequent festgehalten. Sie verdankt ihre Entstehung wesentlich der Mitwirkung Bolley's, welcher an der Schöpfung des Prioritätsgesetzes hervorragenden Antheil genommen hat; derselbe war nämlich bei Erstattung eines Gutachtens über die vorliegende Frage vom 15. März 1830 Korreferent, und es finden sich die, damals für die der Ansicht der Finanzbehörden entgegenstehende Auslegung angeführten, zum Theil von Bolley selbst beigebrachten Gründe nahezu wörtlich in allen späteren gutächtlichen Aeußerungen und Entscheidungen des Obertribunals wiederholt. Wenn trotz-

dem die Zweifelhaftigkeit der Sache nicht zu verkennen ist, so müßte doch unter diesen Umständen, um das Obertribunal zum Aufgeben seiner langjährigen Thesis zu veranlassen, nicht bloß die Zweifelhaftigkeit, sondern die Unrichtigkeit der letzteren dargethan werden. Dieß ist aber dem Nichtigkeitskläger nicht gelungen, denn seine zum Theil nicht unerheblichen Bedenken gegen die herrschende Ansicht führen doch schließlich nur dahin, daß mit Sicherheit von keiner der beiden Ansichten gesagt werden könne, ob sie die richtige oder unrichtige sei.

Indem im Uebrigen auf die früheren Ausführungen, in welchen auch gezeigt ist, warum aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes keine entscheidenden Gründe gegen die Auslegung des Obertribunals abgeleitet werden können, verwiesen wird, mag es gegenüber dem Vorbringen des Nichtigkeitsklägers an folgenden Bemerkungen genügen:

1) Das Einführungsgesetz und die Einführungsinstruktion beschäftigen sich nicht mit der Frage, ob alle oder welche öffentliche Abgaben nach der neuen Prioritätsordnung bevorzugt sind, und wenn sie der Aufhebung des Vorzugsrechtes der Inquisitionskosten und Geldstrafen erwähnen, so thun sie dieß nur, weil denselben das Vorzugsrecht rückwärts entzogen wurde, indem sie diesen Gegensatz gegen die vor Verkündigung des Gesetzes verfallene öffentliche Abgaben ꝛc. hervorheben wollen.

2) Auch bei der Auslegung des Obertribunals bezeichnet der Ausdruck „laufend" zugleich den Gegensatz gegen die Rückstände; nach derselben wird aber dieser Gegensatz durch das gedachte Wort dem gewöhnlichen Sprachgebrauche gemäß nur da ausgedrückt, wo es sich von in regelmäßig wiederkehrenden Zeitperioden verfallenden und von dem Verfalltermine an wieder stetig anwachsenden Leistungen handelt. Die Argumente, welche Seitens des Nichtigkeitsklägers daraus abgeleitet worden, daß dem gedachten Worte von der herrschenden Lehre eine bloß qualitative Bedeutung

beigelegt werde, sind daher nicht zutreffend. Daß aber das Prioritätsgesetz dasselbe nicht in einem spezifisch technischen Sinne gebraucht, geht daraus hervor, daß es in seinem weiteren Verlaufe von laufenden Leistungen spricht, welche mit dem Finanzwesen des Staates in keiner Beziehung stehen. Uebrigens beweist der Umstand, daß die Finanzbehörden unter der allgemeinen Bezeichnung „laufende Einnahmen", „laufende Ausgaben", „Laufendes" Alles in dem betreffenden Etatsjahre Eingenommene, Ausgegebene, Angefallene begreifen, noch nicht, daß sie sich auch des Ausdrucks laufende Abgaben zur Bezeichnung sämmtlicher in dem Etatsjahre angefallenen Abgaben ohne Unterscheidung, ob sie ihrem Wesen nach fortlaufen oder nicht, bedienen. Daß da, wo in der württembergischen Finanzgesetzgebung von laufenden Steuern die Rede ist, hierunter auch unständige Abgaben begriffen sind, hat der Nichtigkeitskläger des Näheren nicht dargethan; es scheinen vielmehr die angezogenen Gesetzesstellen gerade nur direkte Steuern im Auge zu haben.

3) Die Schlußbestimmung der Ziff. 2 bezüglich der Rückstände von zwei Jahren geht jedenfalls davon aus, daß der Betrag der Abgaben von den nächstvorangegangenen zwei Jahren fixirt werden könne; dieß ist aber bei einzelnen unständigen Abgaben, die an den verschiedensten Orten entrichtet worden sein können, geradezu unmöglich, und doch müßten dieselben auch unter Zugrundelegung der Ansicht des Nichtigkeitsklägers — wenn auch neben den ständigen Abgaben — in Berechnung genommen werden, um das Maß der Bevorzugung der Rückstände von zwei Jahren zu finden. Die betreffende Bestimmung bleibt daher immerhin ein gewichtiges Argument für die herrschende Lehre.

4) Bezüglich des von der Behandlung der Brandschadensbeiträge hergeleiteten, übrigens nicht entscheidenden Argumentes bleibt jedenfalls so viel bestehen, daß der Gesetzgeber bei Erwähnung des denselben eingeräumten

Vorzugsrechtes, obgleich er sie den öffentlichen Abgaben beizählte, sich des Wortes „laufend" nicht bediente.

Ist hienach an der bisherigen Thesis festzuhalten, so liegt ebenso kein Grund vor, von der in einer Reihe gleichförmiger Entscheidungen niedergelegten Ansicht, daß die Malzsteuer keine ständige Abgabe in dem oben bezeichneten Sinne sei, abzugehen.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. März 1873 in der Berufungssache Steuerkollegiums c. Mühlhäuser.

In der zweiten Sache handelte es sich um eine Umgeldsforderung, welche in zweiter Instanz von dem Kreisgerichte (Ellwangen) in die erste Klasse lozirt worden war. Die hiegegen erhobene Nichtigkeitsklage wurde von dem Obertribunal als begründet erkannt und die Umgeldsforderung in die fünfte Klasse verwiesen. In den Entscheidungsgründen wurde nach vorangegangener Bezugnahme auf die früheren Entscheidungen ausgeführt:

Das Umgeld als eine lediglich von dem Verkaufe der durch ein Wirthschaftsgewerbe abgesetzten Getränke abhängige Abgabe verfällt nicht in bestimmten regelmäßig wiederkehrenden Zeitperioden und findet daher die erwähnte Gesetzesstelle auf diese Abgabe keine Anwendung.

Wenn in der neuesten Entscheidung des K. Obertribunals die Zweifelhaftigkeit der Sache anerkannt, die bisherige Thesis aber deßhalb nicht verlassen wurde, weil man die Unrichtigkeit derselben nicht als dargethan zu erachten vermochte, so ergibt sich daraus, daß das K. Obertribunal die von ihm bisher adoptirte Auslegung auch jetzt noch für die richtige hält, womit von selbst die Unrichtigkeit der gegentheiligen ausgesprochen ist.

Auch durch das neueste Vorbringen des Nichtigkeitsbeklagten vermochte man sich nicht von der Unrichtigkeit der bisher festgehaltenen Gesetzesauslegung zu überzeugen. Dasselbe ist zu einem großen Theile schon bei den frühe-

ren Entscheidungen gewürdigt worden. Indem hierauf verwiesen wird, ist daneben nur Folgendes zu bemerken. Nach dem hier maßgebenden gewöhnlichen Sprachgebrauche wird der Ausdruck „laufend", um den Gegensatz gegen die Rückstände zu bezeichnen, nur gebraucht mit Beziehung auf solche Leistungen, welche mit der Zeit fortlaufen und in bestimmten Perioden verfallen; auf andere nur zufällig vorkommenden Leistungen, mögen dieselben auch in einer Rechnung unter den Rubriken „Laufendes" gebucht und unter den „laufenden Einnahmen" aufgeführt werden, wird der Ausdruck nicht angewendet. Man spricht daher von laufender Grundsteuer, laufenden Zinsen, nicht aber von laufendem Kaufschilling, laufender Sportel u. s. w. Indem der Entwurf des Prioritätsgesetzes, der die Vorzugsrechte und namentlich die fiskalischen möglichst beschränken wollte, den laufenden Staatsabgaben samt den Rückständen der nächst vorangegangenen zwei Jahre ein Vorzugsrecht erster Klasse einräumte, konnte er demnach nicht alle Abgaben, sondern nur diejenigen im Auge haben, bezüglich deren überhaupt der Ausdruck „laufend" in Frage kommen konnte. Daß hieran bei den Verhandlungen über den Gesetzentwurf etwas geändert, daß an Stelle der in dem letzteren erwähnten — allen Staatsabgaben das Vorzugsrecht erster Klasse eingeräumt werden wollte, ist aus jenem nicht zu entnehmen. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes beweist daher nicht für die gegentheilige Ansicht. — Daß unter Adoptirung der letzteren die Schlußbestimmung der Ziffer 2 kaum durchführbar ist, wurde schon früher gezeigt. — Daß in Beziehung auf die ordentliche direkte Steuer der Ausdruck „laufend" gebraucht werden kann, wie er auch gebraucht wird, ist nicht zu beanstanden, denn dieselbe ist, wenn sie einmal festgestellt ist, in der Art fortlaufend, daß sie periodisch verfällt und auf jeden Moment der Periode eine gewisse Rate derselben berechnet werden kann. Da für den Amts- und Gemeindeschaden dieselben Grundsätze gelten, welche der Staat bei seiner ordentlichen direkten Steuer be-

folgt,[1] so muß, wenn sie einmal festgestellt sind, das Gleiche gelten wie bezüglich jener.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Juni 1873 in der Berufungssache Kohnle'sche Gläubiger c. Steuerkollegium.

---

## I. Wird durch die Anrufung der weiblichen Freiheiten und die Zulassung der Frau zu denselben im Gante des Mannes die Errungenschaft aufgelöst und das Verwaltungsrecht des Ehemannes beseitigt?

## II. Hat der Kridar ein Recht, von seiner Ehefrau den Offenbarungseid zu verlangen?

## III. Wird die Ehefrau der Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten im Gante ihres Ehemannes dadurch verlustig, daß sie in ihren Händen befindliche Vermögenstheile nicht der Wahrheit gemäß angegeben, sondern unterschlagen hat?

Mitgetheilt von Herrn Kreisgerichtsrath Rick in Ellwangen.

Der Pflästerer F. G. in O. kam, nachdem er schon mehrere Jahre von seiner Ehefrau getrennt gelebt und das bischöfliche Ordinariat die Eheleute auf unbestimmte Zeit von Tisch und Bett geschieden hatte, im Jahr 1868 in Gant. Bei der Schuldenliquidation nahm die Ehefrau unter Anrufung der weiblichen Freiheiten die von ihrem Beibringen noch vorhandene Fahrniß und Liegenschaft mit Absonderungsrecht in Anspruch und liquidirte den Rest ihrer Beibringens-Forderung in II. eventuell III. Klasse. Auch erklärte sie, daß sie die landrechtliche Errungenschafts-Gesellschaft durch das Gantverfahren für aufgelöst halte,

---

[1] Mohl, Staatsrecht Bd. II. S. 215, 180.

und diese Gemeinschaft nicht fortsetzen wolle. Die Gläubigerschaft anerkannte ihre gesammten Ansprüche, nicht aber der Kridar, ihr Ehemann. Abgesehen von den gegen die Liquidität ihrer Beibringens-Forderung erhobenen Einwendungen, die nicht hieher gehören, machte er geltend, daß seine Ehefrau bei der Vermögens-Untersuchung in ihrem Besitze befindliche Fahrnißgegenstände nicht angegeben, sondern verheimlicht und hiedurch die Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten verwirkt habe. Auch stellte er den Antrag, daß sie gehalten sein solle, den Offenbarungseid zu leisten, ein Verlangen, welchem die Gläubigerschaft nicht beitrat. Das Oberamtsgericht M. lozirte die Forderung der Frau ganz nach ihrem Antrag und wies den Kridar mit seinem Gesuche in Betreff des Offenbarungseides zurück Ebenso in zweiter Instanz die Civilkammer des K. Kreisgerichtshofes in U. Letztere sprach sich hiebei dahin aus: Das Recht auf Ableistung des Offenbarungseides stehe im Gante zunächst nur den Gläubigern zu, und aus dem Umstand, daß auch der Kridar ein Interesse an richtiger Feststellung der Passivmasse habe, folge noch nicht, daß auch ihm ein Anspruch auf Ablegung des Manifestationseides gegenüber seiner Ehefrau zukäme. Denn er befinde sich ihr gegenüber in einer ganz anderen Lage als die Gläubiger; die Frage sei auch nicht die, ob die Ehefrau einen zur Gantmasse gehörigen Gegenstand unterschlagen habe, sie bestehe vielmehr darin, ob sie nicht von der ihr eigenthümlich zugehörigen Fahrniß mehr als angegeben besitze und darum ihr Ersatzanspruch ein zu hoher, bezw. unstatthafter sei.

Das Recht sodann, sich den Gemeinlasten zu entziehen, könne ihr auch dann nicht abgesprochen werden, wenn sie die in ihren Händen befindliche Fahrniß oder sonstige Vermögenstheile nicht der Wahrheit gemäß angegeben haben sollte. Denn das an sich begründete Recht auf Anrufung der weiblichen Freiheiten gehe nach feststehender Praxis nur dann verloren, wenn die Frau im Gant ihres verstor-

benen Mannes aus dessen Sondergut oder aus der Errungenschaft Etwas unterschlage. —

Nach Erledigung des Gants fuhr der Ehemann gleichwohl fort, die Verwaltung nicht nur sämmtlicher zum Beibringen der Ehefrau gehörigen Vermögenstheile, sondern auch der von ihr aus der Masse durch Kauf erworbenen Güter kraft der aus der — wie er behauptete — fortdauernden Errungenschaftsgesellschaft fließenden Rechte in Anspruch zu nehmen. Es erschien daher die Ehefrau am 13. Nov. 1868 vor dem Oberamtsgerichte und trug im Wege gerichtlicher Klage darauf an, zu erkennen, daß ihrem Ehemann die Verwaltung und der Genuß ihres Vermögens abzunehmen und ihr zu überlassen sei. Das Oberamtsgericht erkannte am 5. Januar 1870 diesem Antrag gemäß und sein Urtheil wurde am 25. Juni 1870 bestätigt. In beiden Instanzen wurde diese Entscheidung doppelt begründet:

1) damit, daß der Ehemann erwiesener Maßen ein schlechter Haushälter sei,

2) daß durch Anrufen der weiblichen Freiheiten die Errungenschaftsgesellschaft aufgelöst sei und aufgelöst bleibe, sofern die Ehegatten nicht ausdrücklich oder stillschweigend das frühere Verhältniß aufs Neue unter sich herstellen. Hierüber sind bekanntlich die Ansichten getheilt. Von den Meisten wird, wie es scheint, die Auffassung vertreten, daß die Anrufung der weiblichen Freiheiten keine Auflösung der Errungenschaftsgesellschaft bewirke; so von Hufnagel,[1] welcher ausführt, daß der Zweck der weiblichen Freiheiten zu diesem Resultate führe; dieser Zweck bestehe doch eigentlich nur darin, daß die Ehefrau die Substanz ihres Vermögens, nicht aber auch die Früchte ihres Vermögens rette, wie es denn tagtäglich vorkomme, daß die Ehe-

[1] Mittheilungen Bd. I. S. 233 ff., woselbst eine Entscheidung des Obertribunals vom 23. August 1822 mitgetheilt wird, welche die im Texte erwähnte Ansicht weiter begründet.

leute nach dem Gante wieder in Gütergemeinschaft eintreten, und eben darum es zu den gar nicht seltenen Erscheinungen gehöre, daß die Frauen zum 2., 3. und 4. mal ihre weiblichen Freiheiten ansprechen. Dieselbe Ansicht vertreten Seeger,[2] Bolley,[3] Bockshammer[4] (vergleiche auch Entwurf eines Gesetzes über die eheliche Gütergemeinschaft von 1840 §. 165); die gegentheilige Ansicht wird vertheidigt von Sattler.[5]

Das Oberamtsgericht sprach sich nun dahin aus, daß wenn man die Natur und den Zweck der weiblichen Freiheiten ins Auge fasse, man nicht umhin könne, der von Wächter in seinen Vorlesungen begründeten Ansicht beizupflichten, wornach die Zulassung zur Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten eine Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft zur Folge habe. Denn sie habe ja gerade den Zweck, die Frau gegen die Nachtheile der Errungenschaftsgemeinschaft zu schützen; es wäre aber ein schlechter Schutz, wenn, nachdem der Ehemann im Gante sein ganzes Vermögen verloren habe, er nun verlangen könnte, seine Ehefrau sollte ihm sofort wieder ihr Vermögen anvertrauen.

Der Gerichtshof begründete seine Entscheidung folgendermaßen: Ist mit dem Rechtsinstitute der weiblichen Freiheiten der Ehefrau ein Mittel in die Hand gegeben, die aus der Verwaltung des Ehemanns für ihr Vermögen entstandenen nachtheiligen Folgen von sich abzuwenden, und kann sie hiernach gegen Verzicht auf die Errungenschaft sich ihrer Verbindlichkeit, an der ehelichen Einbuße die Hälfte zu leiden und an den Sozialschulden die Hälfte zu bezahlen (vergl. Pfandentwicklungsgesetz von 1828, Art. 68),

---

[2] in Sarwey's Monatschrift Bd. I. S. 386 ff.

[3] ebendaselbst Bd. VIII. S. 222.

[4] in Hofacker's Jahrbüchern Bd. IV. S. 305 ff.

[5] in Hofacker's Jahrbüchern Bd. IV. S. 153 und in Sarwey's Monatschrift Bd. I. S. 107.

entledigen, so ist mit der hiedurch erreichten Beseitigung der wesentlichsten aus dem Güterverhältniß der Errungenschaftsgesellschaft sich ergebenden Folgen auch dieses Verhältniß selbst in der Richtung auf das zur Zeit der Anrufung vorhandene Vermögen gelöst,[6] und es bleibt gelöst, sofern nicht die Ehegatten ausdrücklich oder stillschweigend das frühere Güterverhältniß auf's Neue unter sich herstellen, da bloß die fortdauernde Existenz der Ehe zu einer gegentheiligen Annahme nicht nöthigt und auch kein Gesetz besteht, welches ohne Rücksicht auf den Parteiwillen den Neubeginn der Errungenschaftsgemeinschaft anordnen würde (vrgl. Entwurf eines Gesetzes über die eheliche Gütergemeinschaft von 1840 §. 162). Nun hat die Klägerin am 19. Mai 1868 ausdrücklich erklärt, daß sie die Errungenschaftsgesellschaft mit ihrem Ehemanne nicht fortsetzen wolle, es kommt daher auch nach Lösung dieses Verhältnisses zufolge der Anrufung der weiblichen Freiheiten die Verwaltung und Nutznießung ihres Vermögens nicht mehr dem Beklagten zu.[7]

---

## Literarische Mittheilungen.

### H. Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechtes. 1871.

Angezeigt von Herrn Prof. Dr. Mandry in Tübingen.

Lang hat in seinem Handbuche des Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechtes Jedem, der sich mit würt-

[6] Harpprecht, diss. de rem. acqu. §. 92, 120.

[7] Vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. VIII. S. 221 ff.

tembergischem Privatrechte zu beschäftigen hat, eine recht brauchbare und dankenswerthe Gabe dargeboten.

In Disziplinen, in denen wenigstens theilweise die Lehrbücher von Weishaar und Reyscher durch die Aenderungen der Gesetzgebung veraltet sind — ich denke hiebei an das sog. absolute Personenrecht und das Eherecht im engeren Sinne — ist eine fleißige und in der Hauptsache vollständige Zusammenstellung der jetzt geltenden Rechtssätze unter fortlaufender Berücksichtigung der neueren kasuistischen Literatur und in zweckmäßig angelegter und durchgeführter Anordnung gegeben, auch manche einzelne Frage durch einsichtige und eingehende Erörterung gefördert worden.

Letzteres hätte freilich noch in höherem Maße geschehen können, wenn der Verfasser einerseits in den vielen Theilen des Werkes, in denen seine Darstellung ohnedieß auf die Kompendien des Pandektenrechtes basirt ist, sich kürzer gefaßt, das Eingehen auf die Einzelfragen möglichst vermieden und sich in der Hauptsache an ein einzelnes Lehrbuch, etwa das treffliche Pandektenrecht von Windscheid, angeschlossen hätte — denn ein Bedürfniß einer eingehenden Darstellung lag in dieser Richtung sicherlich nicht vor, und Lang selbst wird nicht glauben und wünschen, daß durch seine Darstellung das Rückgreifen auf die neuere Kompendienliteratur des Pandektenrechtes dem württembergischen Praktiker erspart werde, — und wenn andererseits für einzelne Institute eingehendere, namentlich auch historische Vorstudien gemacht worden wären; wird doch Niemand z. B. einer Darstellung des Errungenschaftsrechtes, welche die Untersuchungen von Sandhaas, Schröder und Andern nicht kennt und statt aller andern germanistischen Literatur in der Hauptsache nur die Lehrbücher von Gerber und Bluntschli berücksichtigt, eine wirkliche wissenschaftliche Bedeutung beimessen können.

Nach beiden Richtungen hin, dann aber auch in Beziehung auf die Exaktheit und Präzision in Text und Zi-

taten, die am wenigsten bei einer für den unmittelbaren Gebrauch des Praktikers bestimmten und in Ermanglung anderer Bearbeitungen schwer kontrolirbaren Darstellung eines Partikularrechtes fehlen sollte, dürfte bei der in Aussicht gestellten und durchaus wünschenswerthen Fortsetzung P. Roth's wirklich ausgezeichnete Darstellung des bayerischen Civilrechtes (I. 1871, II. 1872) als Vorbild und Muster dienen.

Wie dem übrigens auch sei, jedenfalls hat sich Lang durch sein Buch um die Lehre und Praxis des württembergischen Privatrechtes verdient gemacht und glaube ich meiner Seits meinen Dank für die Gabe am Besten dadurch aussprechen zu können, daß ich eine Anzahl einzelner Bemerkungen, die ich gelegentlich der Benützung des Werkes gemacht habe, hier mittheile — Bemerkungen, die, wenn auch nicht ausschließlich, so doch zum guten Theile als kritische Noten und Ergänzungen zu den einzelnen Paragraphen des Werkes anzusehen sind und vielleicht da und dort dasselbe brauchbarer machen.

Ich beschränke mich hiebei absichtlich auf Fragen des partikularen Rechtes und lasse die sehr zahlreichen Bedenken, die ich gegen gemeinrechtliche Aufstellungen des Werkes habe, bei Seite: bieten ja doch die trefflichen, neuen Darstellungen des gemeinen Civilrechtes jedem Fachmanne genügende Hilfsmittel zur Prüfung und nöthigenfalls zur Verbesserung der Lang'schen Thesen dar.

Innerhalb dieser Schranke dagegen glaubte ich auch Bemerkungen aufnehmen zu sollen, welche durchaus keine Ausstellung gegen das Lang'sche Werk enthalten, aber am einfachsten bei der Gelegenheit der Besprechung desselben mitgetheilt werden können.

Die Noten gehen vorläufig in der Hauptsache nicht über einzelne Paragraphen des ersten Theiles („das absolute Personenrecht") hinaus, wollen übrigens auch innerhalb dieses ersten Theiles keineswegs alle partikularrecht-

lichen Sätze, gegen welche sich Einwendungen erheben oder zu welchen sich Ergänzungen anfügen ließen, hervorheben.

Zu § 3 (Verschollenheit.)

Lang will (S. 8 Ziff. 3) die Mortalitätstabelle, die in einer Instruktion zum Sportelgesetze vom 23. Juni 1828 aufgestellt ist, zur Beantwortung der Frage verwenden, wann Jemand, der erst kurze Zeit vor Zurücklegung des 70. Lebensjahres oder nachher verschollen wurde, für todt erklärt werden könne — sicherlich nicht mit Recht: schon deßwegen, weil diese in einer Ministerialinstruktion aufgestellte Mortalitätstabelle, der Bemerkung in Artikel 9 Abs. 2 des allgemeinen Sportelgesetzes unerachtet, nicht die Bedeutung einer allgemeinen gesetzlichen Mortalitätstabelle für Württemberg beanspruchen kann.

Die auf S. 8 Ziff. 4 vertretene Ansicht, daß die Todespräsumtion keine Lebenspräsumtion in sich schließe, ist allerdings in Württemberg — auf die Autorität von Bolley und Wächter hin und unter der Einwirkung der überwiegenden Ansicht der gemeinrechtlichen Schriftsteller — gewöhnlich angenommen. *)

---

*) Das württ. Obertribunal hat sich lediglich vom gemeinrechtlichen Standpunkte, wie schon früher in einem Gutachten vom 17. August 1826 (Bolley, verm. Aufsätze Bd. I. S. 89, 106—111), so unter dem 8./10. Juli 1862 in einer nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes zu beurtheilenden Sache in ausführlicher Begründung und im Anschluß an die in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis herrschende Ansicht, gegen die Lebenspräsumtion ausgesprochen (Seuffert, Archiv Bd. XV. Nro. 200 S. 324 ff.; württ. Archiv Bd. VI. S. 141 ff.), während die zum Gewohnheitsrecht gewordene und durch die K. Verordnung vom 28. Febr. 1817 bestätigte württemb. Praxis — wonach Verschollene bis zum Ablauf des 70. Lebensjahres von ihrer Geburt an für erbfähig angenommen, der Kurator zum Erbschaftsantritt für sie zugelassen wird und ihnen die betreffenden Erbtheile mit vollem Rechte zugeschieden werden — wie auch die weiteren in der Verordnung vom 28. Febr. 1817 enthaltenen Bestimmungen bezüglich der Fortdauer der Vermögensrechte des Verschollenen sich wohl nur auf die in Theorie und Praxis

Indessen ist es immerhin bedenklich, die auf feststehendem Gewohnheitsrechte beruhende Erbfähigkeit des Verschollenen als eine Singularität anzusehen: denn für eine Gewohnheitsrechtsbildung können kaum andere als Rechtsgründe maßgebend sein; solche anzunehmen, liegt hier aber noch besonders nahe, weil in Deutschland vielfach die Präsumtion des Todes sich mit einer Lebenspräsumtion verbunden hat und verbindet.

Weiterhin enthält die mit Gesetzeskraft versehene Bekanntmachung vom 28. Februar 1817 (Gerichtsgesetze Bd. IV. S. 512 und 513) einige Sätze über die rechtlichen Wirkungen der Todeserklärung, welche durchgängig als singulär und einer allgemeinen Anwendung unfähig anzusehen, nicht minder bedenklich ist — wie denn auch der Obertribunalerlaß vom 17. August 1826 (erster Ergänzungsband zum Regierungsblatt S. 87 und 88) den Inhalt dieser Bekanntmachung zum Belege für einen bezüglich der Verschollenen überhaupt geltenden Rechtssatz aufführt.

Nimmt man nun als Ausgangspunkte für die Beantwortung der betreffenden Fragen einerseits jenen Gewohnheitsrechtssatz, andererseits diese Bekanntmachung, so ergibt sich zwar keine Präsumtion des Lebens, wohl aber folgende These, welche die verschiedenen Richtungen, in denen das Leben für das Privatrecht von Bedeutung ist, scheidet:

1) die einmal vorhandenen Rechte dauern fort, auch diejenigen, die ohne die Existenz des Verschollenen nicht existiren können, wie die Familienrechte, der Nießbrauch u. s. f.

2) Die Rechts- und Erwerbsfähigkeit des Verschollenen dauert fort, so daß der Kurator für den Verschollenen handeln, diesem — ohne Lebensbeweis — Rechte erwerben kann u. s. f.

3) Die Thatsache des Lebens als solche wird nicht präsumirt, sondern muß zutreffenden Falls erwiesen wer-

längere Zeit festgehaltene Lebenspräsumtion zurückführen lassen dürften (vergl. Seuffert, Archiv Bd. XV. S. 330 in der Note). K.

ben, so daß also z. B. der Kurator eine lebenslängliche Rente des Verschollenen nicht ohne Weiteres beziehen kann.

Zu §. 6. (Alter.)

S. 25 Note 12 wird die Bestimmung des Art. 3 Ziff. 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1865 (Verpflichtungsfähigkeit der gewerbetreibenden Minderjährigen) angeführt.

Nach der übereinstimmenden Ansicht der gesetzgebenden Faktoren, wie solche gelegentlich der Vorbereitung des Gesetzes vom 7. März 1873 zum Ausdruck gekommen ist (Motive S. 2; Bericht der Kommission der Abgeordnetenkammer S. 5; Bericht der Kommission der Kammer der Standesherren S. 6), hat diese Bestimmung durch die Einführung der Reichsgewerbeordnung, welche den Gewerbebetrieb von der Volljährigkeit unabhängig macht, ihre Anwendbarkeit verloren.

Diese Ansicht ist nicht ganz unbedenklich und dürfte, wenn an sich unbegründet, die Praxis nicht beeinflussen, da sie den Inhalt des Gesetzes vom 7. März 1873 nicht bestimmt hat.

Indessen ist ihr, der entgegenstehenden Bedenken unerachtet, beizutreten, aber nur, wenn die in diesem Archive[1] gemachte Aufstellung, welche das Prinzip der betreffenden Bestimmung in der theilweisen Jahrgebung erblickt, richtig ist. Denn hievon kann selbstverständlich nicht mehr die Rede sein, seitdem der Gewerbebetrieb der Minderjährigen außer allen Zusammenhang mit gesetzlicher oder im speziellen Falle erfolgender Gestattung gekommen ist.

S. 30 Lit. c. kann die Bemerkung, daß zur Testamentszeugenqualität das achtzehnte Lebensjahr erforderlich sei, nur auf Versehen beruhen: das Landrecht (Thl. III, Tit. 10, §. 1) verweist auf die Testirfähigkeit und verlangt für diese ausdrücklich (Thl. III, Tit. 2, §. 2) Zurücklegung des sechszehnten Lebensjahres.

[1] Bd. XII. S. 29 f.

S. 33 Note 27 werden die Ausnahmsfälle aufgeführt, in welchen der Minderjährige die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht anzusprechen hat. Ob es nothwendig war, die einzelnen schon dem gemeinen Rechte angehörenden Bestimmungen der Reihe nach aufzuzählen, mag unerörtert bleiben: keinenfalls hätte die Bestimmung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vom 13. August 1865 (Regierungsblatt von 1865 S. 214) bei Seite gelassen werden sollen. Dieser Artikel erklärt übrigens nicht, wie schon angenommen worden ist, die von handeltreibenden Minderjährigen selbst abgeschlossenen Verträge für giltig: zu den Rechtswohlthaten der Minderjährigen gehören die Folgewirkungen der mangelnden Verpflichtungsfähigkeit nicht, und nur von Rechtswohlthaten spricht das Gesetz und sprechen die Vorakten, welche überdieß die einzelnen durch den Artikel berührten Sätze des bisherigen Rechtes speziell aufführen, nirgends aber über die singulären Bestimmungen hinausgehen (vergl. namentlich Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1862/64 — Beilageband I. S. 279 f.).

Zu §. 8. (Gesundheit.)

Auf S. 42 Ziff. 3 und Note 14 wird der Einfluß der lichten Zwischenräume besprochen und hiebei einer Formulirung sich bedient, die unrichtig, jedenfalls irreführend ist. Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte, bei dem ein dilucidum intervallum eintritt, soll die natürliche Handlungsfähigkeit alsbald, die juristische dagegen nicht vor Aufhebung der Entmündigung bekommen. Aber gehört denn, wenn einmal zwischen natürlicher und juristischer Handlungsfähigkeit unterschieden werden soll, die Testirfähigkeit zur natürlichen und nicht zur juristischen Handlungsfähigkeit? und warum wird die Erwerbsfähigkeit, die Verpflichtungsfähigkeit unter der juristischen Handlungsfähigkeit aufgeführt?

Der richtige Scheidungsgrund besteht vielmehr darin, daß die Existenz der auf gesetzlicher Basis be-

ruhenden Vormundschaft für sich allein gewisse Beschränkungen der Handlungsfähigkeit mit sich bringt, die dann auch selbstverständlich, trotz der Genesung des Kuranden, so lange als die Vormundschaft dauern, während andere Einwirkungen nicht durch die Existenz der Vormundschaft vermittelt sind, also auch während deren Dauer wegfallen können.

Allerdings ist dieß auch auf Seite 45 f. (namentlich in der im Uebrigen die betreffende Frage ausführlich und gründlich erörternden Note 20) nicht gehörig zur Anerkennung gekommen. Das Landrecht Thl. II, Tit. 26 spricht so ausdrücklich als möglich von allen bevormundeten Kuranden, die in der Pupillenordnung der Landesordnung (Tit. 45) genannt sind, und weder die nachfolgenden Titel (Thl. II, Tit. 27—30) noch Landrecht Thl. III, Tit. 21. §. 7, noch die Landrechtsakten (S. 234) bieten einen ausreichenden Anhaltspunkt, um den allgemeinen Ausspruch einschränkend zu interpretiren. Es muß also davon ausgegangen werden, daß jede Pflegschaft, die auf Grund des Tit. 45 der Landesordnung eingerichtet worden ist, die in Landrecht Thl. II, Tit. 26 festgestellte Beschränkung der Veräußerungs- und, richtiger Ansicht nach,[2] der Verpflichtungsfähigkeit mit sich bringt — aber eben auch nur diese Folge: während andere Wirkungen möglicher Weise durch den zur Bevormundung führenden Grund hervorgebracht werden, dann aber auch schon mit diesem Grunde zessiren.

Wird dies beachtet, so ergibt sich, daß Deliktsfähigkeit und Testirfähigkeit während des dilucidum intervallum vorhanden ist — denn auf diese Richtungen der Handlungsfähigkeit bezieht sich Landrecht Thl. II, Tit. 26 von vorneherein nicht; daß ebenso die Erwerbsfähigkeit vorhanden ist — denn Landrecht Thl. II, Tit. 26 verallgemeinert die gemeinrechtlich bezüglich der pupilli infantia majores bestehende Regel auf alle bevormundeten Personen (vgl.

[2] Dieses Archiv Bd. XII. S. 51.

auch Landrechtsakten S. 234); und daß die Verpflichtungs- und Veräußerungsfähigkeit zwar vorhanden, aber nur in der beschränkten Weise vorhanden ist, wie bei pupilli infantia majores, d. h. daß das betreffende Rechtsgeschäft mit Zustimmung des Vormunds giltig abgeschlossen werden kann, ohne solche aber schwebend (heilbar) nichtig ist.

Ist die soeben ausgeführte Ansicht über Landrecht II. 26 richtig, so ergibt sich, daß auch die Ausführungen auf S. 44 und 45 (Vormundschaft über presthafte Personen) nicht adoptirt werden können. Soweit eine Pflegschaft auf gesetzlicher Grundlage (Landesordnung Tit. 45) eingerichtet ist, ist der Kurand, auch wenn er sonst völlig handlungsfähig wäre, immerhin in seiner Veräußerungs- und Verpflichtungsfähigkeit beschränkt: so also „die Gebrechenhafftigen, Stummen und Ungehörende", dann „die alten unvermöglichen Personen", endlich „die Wittfrauen, die der Vormundschaft nothdürftig".

Fraglich kann nur sein:

1) Ob bei den Gebrechenhafftigen, Stummen und Ungehörenden", die Beschränkung der Handlungsfähigkeit nicht noch weiter geht? insofern die Klausel der Landesordnung „dieweil sie noch ihrer Vernunfft nicht beraubt und also für sich selbst oder andere ihr Gut verwalten mögen", nur in Beziehung auf „alte und unvermögliche Personen" und „Wittiben", nicht aber auch in Beziehung auf andere Personenklassen beigefügt ist. Man wird unterscheiden müssen:

a. wenn das Gebrechen soweit geht, daß die betreffenden Personen zu eigener geordneter Vermögensverwaltung unfähig sind, stehen sie bezüglich der Vermögensverwaltung den „Unsinnigen und Sinnlosen", d. h. den Geisteskranken gleich; es treten deßhalb auch die Vorschriften der Civilprozeßordnung §. 869 f. ein[3] und es ist zutreffenden Falls der Anspruch auf In Integrum Restitutio begründet u. s. f. Die Deliktsfähigkeit und die Testirfähigkeit wird frei-

---

[3] Württt. Gerichtsblatt Bd. I. S. 99 ff.; Bd. VII. S. 48.

lich nicht alterirt: einmal, weil diese beiden Fähigkeiten mit der Vermögensverwaltung Nichts zu thun haben, und dann, weil spezielle gesetzliche Anhaltspunkte da sind, welche nöthigen, die Deliktsunfähigkeit und die Testirunfähigkeit nur im Falle wirklicher Geisteskrankheit anzunehmen (vgl. in letzterer Beziehung Landrecht Thl. III, Tit. 21, §. 7, in ersterer Beziehung arg. a majori ad minus Reichsstrafgesetzbuch §§. 51 und 58).

b. Geht das Gebrechen nicht so weit, daß Unfähigkeit zur eigenen Vermögensverwaltung behauptet werden kann, so kann sich die betreffende Person zwar einen Vormund erbitten, aber es findet keine Entmündigung statt und treten 'nur die aus Landrecht Thl. II, Tit. 26 resultirenden Wirkungen ein.

2) Ob die Bestimmung von Landrecht Thl. II, Tit. 26 auch Platz greift, wenn, ohne daß einer der in der Landesordnung Tit. 45 angeführten Fälle vorliegt, anf Grund des Gesuches der betreffenden Personen („des Verzichtes auf die Vermögensverwaltung") eine pflegschaftliche Verwaltung eingerichtet wird? Die Frage ist zu verneinen; denn das Landrecht Thl. II, Tit. 26 setzt Bevormundung auf gesetzlicher Grundlage voraus (vgl. namentlich den §. 1), der Verzicht auf die Vermögensverwaltung aber ist kein gesetzlicher Grund — weder nach allgemeinen Grundsätzen, noch nach den Worten der Landesordnung (Tit. 45) „oder die sonst begehrt wurde", insofern solche sich nur auf die vorher genannten Personenklassen beziehen.

Zu §. 15. (Ehrenschmälerung.)

Der Inhalt dieses §. ist, gleichviel, ob er auf dem Strafgesetzbuche von 1839 oder ob er auf dem Gesetze vom 5. Sept. 1839 Art. 1—6 beruht, jetzt durch das Reichsstrafgesetzbuch §. 31 ff. beseitigt (vergl. Reichseinführungsgesetz §. 2). Das jetzt geltende Recht hier darzustellen, liegt keine Veranlassung vor, und mag nur die einzige der dem Privatrechtsgebiete angehörenden Fragen, deren Beantwortung nicht ganz unzweifelhaft ist, kurz berührt werden.

Das Gesetz vom 5. Sept. 1839, Art. 5, führt nemlich als Folge der Entziehung der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte die Unfähigkeit zum Instruments- und Solennitätszeugnisse auf; das Reichsstrafgesetzbuch dagegen nennt als Folge der Aberkennung der Ehrenrechte die Unfähigkeit, Zeuge bei Aufnahmen von Urkunden zu sein (§. 34, Ziff. 5). Involvirt nun diese Unfähigkeit auch die Unfähigkeit zu dem nicht mit einer Urkundenaufnahme verbundenen Solennitätszeugnisse, das nach unserem Rechte allerdings noch vorkommen kann? Die Frage wird sich bejahen lassen, wenn auf den zu Grunde liegenden Rechtsgedanken zurückgegangen und zugleich in Erwägung gezogen wird, daß das preußische Recht Solennitätszeugen, die nicht zugleich Instrumentszeugen wären, nicht kennt,[4] also die Veranlassung zu ausdrücklicher Aufführung derartiger Solennitätszeugnisse allerdings ferne lag.

Zu §. 16. (Verschwendung und Asotie.)

Wenn Lang (S. 67 Note 11a) die Ansicht vertritt, daß das vorbereitende Verfahren des älteren Rechtes durch die Civilprozeßordnung von 1868 beseitigt sei, so ist er hierin wohl im Unrechte.[5] Aber das läßt sich nicht leugnen, daß die Festhaltung an jenem Verfahren legislativ wenig gerechtfertigt und geeignet ist, das Institut der Entmündigung wegen Prodigalität, trotz der Neuregulirung des eigentlichen Entmündigungsverfahrens, als ein wenig brauchbares erscheinen zu lassen. Seit der Aufhebung des Art. 24 des Polizeistrafgesetzes von 1839 tritt dieß in besonders hohem Maße hervor. An die Stelle jenes Art. 24 ist nämlich der §. 361 Ziff. 5 des Reichsstrafgesetzbuches getreten (vgl. auch Motive zu Art. 8 und 9 des Gesetzes vom 27. Dez. 1871 und Verh. der Kammer der Abgeordneten 1870/72 Beilagenband I. S. 333). Nach diesem Paragraphen ist Bestrafung (wegen Asotie) nur zulässig, wenn der Asot in einen Zustand

[4] Vgl. Förster, preußisches Privatrecht Bd. I., S. 182 ff.

[5] Württ. Gerichtsblatt Bd. I. S. 100 ff., S. 212 ff., S. 217 ff.; Bd. IV. S. 252 ff.; Bd. VI. S. 152, S. 245 ff.

gerathen ist, in welchem zu seinem oder der Seinigen Unterhalt durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß — also für die Regel, wenn das Vermögen völlig vergeudet ist. Die Entmündigung wegen Verschwendung aber — die nach jener These nicht erfolgen kann, bevor auf Grund des §. 361 Ziff. 5 gestraft worden ist, soll diese Vergeudung verhindern und unmöglich machen!

Was die privatrechtlichen Wirkungen der einzelnen zu diesem vorbereitenden Verfahren gehörenden Akte betrifft, so ist die Annahme wohl richtig, daß die in L. O. Tit. 46 Z. 4 (vgl. auch K. Verordnung vom 18. Juni 1808 §. 18) vorgeschriebene Beiordnung eines Beirathes durch das IV. Edikt §. 191 Ziff. 2 nicht beseitigt ist (S. 66 Note 10): es wäre aber meines Erachtens dasselbe in Beziehung auf L.-O. Tit. 49 Ziff. 9 und beziehungsweise L.-R. II. 30. §. 3 zu statuiren gewesen, während Lang (S. 70 Note 15) in Uebereinstimmung mit Wächter (Vorlesungen von 1850/51 §. 81) Aufhebung dieser Bestimmung durch das IV. Edikt annimmt.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der generelle Satz des IV. Ediktes: „durch die Gemeinderäthe kann kein Staatsbürger ohne die Genehmigung des Oberamtsgerichtes, der Vermögensverwaltung entsetzt oder als Verschwender gerichtlich erklärt und bevogtet werden," stünde er für sich allein, diese Annahme nicht rechtfertigen würde. Aber wenn nun das IV. Edikt fortfährt: „als Folge dieses Grundsatzes sehen wir uns veranlaßt, aufzuheben . . ." und als aufgehoben ausdrücklich den §. 4 von L.-R. II. 30 aufführt, des §. 3 aber nirgends erwähnt, so heißt es das Gesetz korrigiren, nicht auslegen, wenn dennoch der §. 3 als aufgehoben betrachtet wird. Auch läßt sich für diese Aufhebung des §. 3 nicht etwa der weitere Inhalt des Abs. 2 der Ziff. 2 des IV. Ediktes („und zu verordnen, daß . . . angefochten werden können") anführen, denn diese Worte schließen sich aufs Engste an den §. 4 des Landrechtstitels

an und drücken nur in der Form des Verbotes dasselbe aus, was durch die Aufhebung dieses §. 4 statuirt worden war. Ließe sich freilich nachweisen, daß die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen sei, nicht bloß den §. 4, sondern auch den §. 3 aufzuheben, und daß nur aus einem Redaktionsversehen letzterer §. 3 nicht genannt worden sei, so läge die Sache anders. Aber soweit ich sehe, fehlt es durchaus an den nöthigen faktischen Anhaltspunkten für diese Annahme. Auch ist nicht ganz außer Acht zu lassen, daß dieser §. 3 nicht, wie §. 4, nothwendig als partielle Entziehung der Vermögensverwaltung oder als partielle Beschränkung der Handlungsfähigkeit angesehen werden muß, sondern ebenso gut als eine selbstständige zu Gunsten der dritten Interessenten getroffene Maßregel aufgefaßt werden kann, und daß Landesordnung Tit. 49 Ziff. 9 für diese letztere Auffassung spricht.

Bei dieser Gelegenheit mag zugleich darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Unklagbarkeit der Zechschulden bestrafter Asoten (Lang S. 70) mit dem Polizeistrafgesetzbuche (vgl. Gesetz vom 27. Dezember 1871 Art. 50) gefallen ist.

Zu §. 17—20. (Stand und Rang.)

In der Darstellung des Adelsrechtes sind, auch wenn nur die wenigen für das Privatrecht erheblichen Aufstellungen ins Auge gefaßt werden, mehrere Ungenauigkeiten zu notiren.

So ist der Satz: daß die Standesherren, beziehungsweise die ritterschaftlichen Familien alle Vorrechte im Falle der Wegveräußerung der Standesherrschaft beziehungsweise des Rittergutes verlieren (S. 79 und 80), jedenfalls in dieser Allgemeinheit falsch. Golther's Aufsatz in der Zeitschrift für Staatswissenschaft Bd. XVII. S. 208 f. — eine Arbeit, die überhaupt nicht außer Acht zu lassen war — hätte hierüber orientiren können.[6]

[6] Vgl. außerdem Geßler in diesem Archiv Bd. II. S. 479 ff. und Göriz in der Zeitschrift für Staatswiss. Bd. XXVII, S. 599 ff.

Mit der ungenügenden Untersuchung dieser ersten Frage hängt die zweite Ungenauigkeit zusammen: daß nämlich die Autonomie nur bezüglich der exemten Besitzungen ausgeübt werden könne (S. 81 Note 30 a). Dieß steht vor Allem im Widerspruch mit der Praxis, insofern die Familienstatute und Familienverträge des hohen, beziehungsweise ritterschaftlichen Adels häufig genug allen Erwerb beziehungsweise allen Erwerb und Besitz gewisser Kategorien umfassen, oder neu erworbenen, beziehungsweise nicht exemten Besitz in Familienfideikomisse verwandeln — vgl. z. B. aus der neuesten Zeit die mit Dekret vom 20. Nov. und 23. Dez. 1863 veröffentlichten Familienverträge (Regierungsblatt von 1863 S. 263 f., von 1864 S. 1 f.). Es läßt sich aber auch nicht absehen, daß die bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen oder die Normen des alten Reichs- beziehungsweise Privatfürsteurechtes, auf welche der neuere Rechtszustand aufgebaut ist, irgend einen Anhaltspunkt zu solcher Beschränkung abgeben würden. Und was Lang speziell über diesen Punkt sagt, thut nur dar, daß es von praktischer Wichtigkeit ist, ob die Autonomie auf allen Vermögensbesitz oder blos auf exemten Besitz anwendbar ist, in keiner Weise dagegen, daß Letzteres der Fall ist.[7] Nicht minder ungenau ist der Satz auf S. 90, der die Exemtion nur als Exemtion von der Gerichtsbarkeit der Ortsobrigkeit auffaßt. Die Novelle vom 15. Sept. 1822 eximirt von der Gerichtsbarkeit nicht blos der Ortsobrigkeiten (Lit. c.), sondern auch der Oberamtsgerichte (Lit. a.) und das Gesetz vom 17. August 1849, betreffend die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände, hält für die in Frage stehenden Personen und Güter in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorläufig einfach das geltende Recht fest. Lang selbst verkennt dieß bei einzelnen Lehren nicht (vgl. §. 38, Note 14; §. 93, II.).

Endlich ist auch die Liste der noch fortdauern-

[7] Vgl. auch Württ. Gerichtsblatt Bd. VI., S. 386 ff.

den Adelsrechte (S. 90) nicht ganz vollständig, umfaßt z. B. nicht das Recht auf Kirchengebet und Trauergeläute in den ehemaligen standesherrlichen und ritterschaftlichen Besitzungen, das nirgends aufgehoben worden ist.

Zu §. 21. (Die Berufsstände.)

Auf S. 94 ist der Inhalt des Art. 31 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 (Theilnahme eines öffentlichen Dieners an Veräußerungen ꝛc., die er zu leiten hat) richtig referirt. Da dieser Artikel 31 an Art. 421 des Strafgesetzbuches von 1839 anknüpft, fragt es sich, ob sein Inhalt seit der Aufhebung dieses Gesetzbuches (Ges. vom 26. Sept. 1871 Art. 1) beseitigt ist, oder nach wie vor Geltung beanspruchen kann. Ersteres nimmt Fecht (Gesetz, betreffend die Aenderungen des Landesstrafrechtes ꝛc. S. 20 und 21) an, Letzteres wird aber richtig sein. Art. 421 des Strafgesetzbuches von 1839 ist allerdings durch keinen Paragraphen des Reichsgesetzes ersetzt. §. 3 des Reichseinführungsgesetzes zum Reichsstrafgesetze vom 31. Mai 1871 also nicht anwendbar. Allein da das Gesetz als Ganzes bei der Einführung des Reichsstrafgesetzes nicht aufgehoben worden ist, könnte der Art. 31 nur beseitigt sein, wenn er entweder eine Strafbestimmung bezüglich einer vom Reichsstrafgesetzbuche normirten Materie enthielte (§. 2 des Reichseinführungsgesetzes) oder sein Inhalt sonst im Widerspruch mit dem Reichsstrafgesetzbuche stände. Keine dieser Voraussetzungen trifft zu. Denn einerseits handelt es sich in Art. 31 nicht um eine Strafbestimmung, sondern lediglich um den privatrechtlichen Schutz Dessen, in dessen Interesse der Beamte die Leitung der Veräußerung u. s. f. zu führen hatte, und andererseits liegt darin, daß eine Handlung, die nicht mehr strafgesetzlich verpönt ist, als Anfechtungsgrund eines Rechtsgeschäftes aufgestellt ist, sicherlich kein Widerspruch mit der Freilassung dieser Handlung von krimineller Strafe. Ueberdieß ist der Thatbestand des Art. 421 immer noch — wenn auch nur disziplinär — verboten (Polizeistrafgesetzbuch vom 27. Dez. 1871 Art. 45,

vergl. mit der Ministerialverfügung vom 16. Jan. 1872), es wäre deßhalb auch die Bestimmung, selbst wenn ihr Fortbestand durch die Deliktsnatur dieses Thatbestandes bedingt sein würde, nicht aufgehoben. Dafür aber, daß das Gesetz von 1839 Art. 31 nur in Folge der strafgesetzlichen Verpönung des betr. Thatbestandes die Ungiltigkeit des Geschäftes statuire oder daß die Verbindung einer solchen Ungiltigkeit mit einer blos disziplinarisch strafbaren Verfehlung mit „dem Geiste der Reichsstrafgesetzgebung" — die über Disziplinarvergehen überhaupt Nichts bestimmen will, — nicht vereinbar sei, läßt sich lediglich kein Grund auffinden.

Anders verhält es sich mit den privatrechtlichen Folgen der Bestechung, Geschenkannahme in Parteisachen und Geschenkannahme von Amtsuntergebenen, welche Lang absichtlich bei Seite läßt (S. 95 oben). Sie sind im Strafgesetzbuche von 1839 selbst (Artikel 412) fixirt, also auch mit der generellen Aufhebung des Strafgesetzbuches (Gesetz vom 26. Dez. 1871, Art. 1) gefallen, ohne daß es auf ihre Verträglichkeit mit dem Reichsstrafgesetzbuche irgend ankommen konnte. Allerdings ist das Verbot auch dieser Handlungen von Dienstaufsichtswegen aufrecht erhalten (vgl. den soeben zitirten Art. 45 des Gesetzes vom 27. Dez. 1871, und die Verfügung vom 16. Jan. 1872): allein die Folge, welche das Polizeistrafgesetzbuch festsetzt, ist nur disziplinäre Ahndung durch die Aufsichtsbehörden. Hiemit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die betreffenden Schenkungen, soweit sie sich nach dem Reichsstrafgesetzbuche als verbotene Handlungen darstellen (Reichsstrafgesetzbuch §§. 331 ff.), nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als nichtig behandelt werden (vgl. auch Reichsstrafg. §. 335).

Dieselben allgemeinen Rechtsgrundsätze rechtfertigen, in Auslegung des §. 7 Abs. 1 und 2 der Dienstpragmatik vom 28. Juni 1871, diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche der Beamte sich zum persönlichen Betriebe eines Ge-

werbes, zur Führung eines inkompatibeln Privatgeschäftes verpflichtet (Gesellschaftsverträge, Dienstmietheverträge ꝛc.), als nichtig zu betrachten, nicht dagegen auch diejenigen Geschäfte, die in Ausübung des Geschäftes, in Ausführung des Auftrages ꝛc. abgeschlossen worden (zu Lang S. 96 f., wo die Bestimmungen des §. 7, aber nicht deren privatrechtliche Konsequenzen angeführt sind).

Zu §§. 28—35. (Die juristischen Personen.)

Die ziemlich ausführliche aber wenig exakte und sorgfältige Darstellung bewegt sich zum bei weitem größten Theile auf dem Boden des gemeinen und, so weit dieß nicht der Fall ist, auf dem Boden des öffentlichen Rechtes.

Ich beschränke mich deßhalb auf einige wenige Bemerkungen.

Auf S. 126 Note 3 und 4 (Entstehung der Korporationen) hebt Lang als einen Rechtssatz, der gewissen Vereinen die juristische Persönlichkeit verleiht, die Bestimmung hervor, daß, wenn sich eine Ansiedlung von wenigstens 100 Familien bilde, solche die Einräumung der Rechte einer Gemeindekorporation verlangen könne (Note 3). Abgesehen davon, daß der §. 1 des Verwaltungsediktes vom 1. März 1822 diese Bestimmung nicht enthält, würde wohl solche einen Rechtssatz des angedeuteten Inhalts darstellen? Wenn Lang unmittelbar darauf in Note 4 für die öffentlichen Körperschaften spezielle Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch die höchste Staatsgewalt verlangt, verneint er strenge genommen die Frage selbst.

Uebrigens ist die These, daß zur Entstehung auch der öffentlichen Körperschaften spezielle Staatsgenehmigung erforderlich sei, jedenfalls in der von Lang behaupteten Allgemeinheit nicht richtig, am wenigsten durch seine Belege (Eingang zum Verwaltungsedikte? gemeint ist wohl der Eingang zu dem K. Edikte vom 31. Dez. 1818) dargethan. Wenn eine politische Gemeinde nach den Grundsätzen des württ. Staatsrechtes, eine evangelische oder katholische Kirchengemeinde nach den Grundsätzen des Staats- und Kirchen-

rechtes giltig konstituirt worden ist, hat sie von selbst die juristische Persönlichkeit. Dies zeigt z. B. Art. 6 des Gesetzes vom 17. Sept. 1853 (über die Verhältnisse der zusammengesetzten Gemeinden) in völlig klarer Weise. Freilich ist die Entstehung der politischen, der Kirchengemeinden, nicht ohne Mitwirkung (Genehmigung) der Staatsgewalt möglich (vgl. z. B. Verwaltungsedikt §. 1 Abs. 3; Ges. vom 17. Sept. 1853, Art. 6, 2. Absatz; Gesetz vom 13. Januar 1862, betreffend die Regelung der Verhältnisse der katholischen Kirche Art. 17); aber diese Mitwirkung und die spezielle Verleihung der juristischen Persönlichkeit sind wesentlich verschiedene Dinge.

Eine andere Frage ist, ob alle öffentlichen Korporationen mit ihrer Existenz die juristische Persönlichkeit von selbst haben? Beschränkt man den Begriff der öffentlichen Korporation auf diejenigen Körperschaften, die sich in die bestehende Staats- und Kirchenverfassung organisch einfügen, wie dieß bei den politischen Gemeinden, den Amtskörperschaften, den Gemeinden der evangelischen und katholischen Landeskirche, aber nicht bei politischen Vereinen, bei Ordensniederlassungen, bei Dissidentengemeinden der Fall ist, so möchte die Bejahung auch vom Boden derjenigen Ansicht aus, welche das Justizministerium in seiner Note vom 31. August 1869[8] vertritt, keinem erheblichen Anstand unterliegen. Aber freilich ist eine solche genauere Begriffsbestimmung gegenüber der regen Definition Lang's (S. 132, 133) die unbedingte Voraussetzung der Bejahung.

Auf S. 128 Note 11 ist bemerkt, daß Schenkungen von Liegenschaften oder Fahrniß über 200 fl. den Vorstehern der Körperschaften untersagt und unmöglich seien. Nach dem Zusammenhange, in welchem diese Bemerkung gemacht wird, nimmt Lang an, daß die zur Form großer Schenkungen gehörende Insinuation nicht durch

[8] Württ. Archiv Bd. XIV. S. 89 f.

Stellvertreter vorgenommen werden könne (vergl. auch Seite 456 Note 7). Dieser Ausgangspunkt ist aber unrichtig. Und selbst wenn die Schenkung nicht durch Bevollmächtigte zum gerichtlichen Erkenntnisse gebracht werden könnte, wäre die Konklusion Lang's bedenklich; denn die prinzipielle Gleichstellung der Organe der juristischen Person mit Stellvertretern, wie sie Lang nach dem Vorgange mancher Schriftsteller über gemeines Recht statuirt, ist wenigstens zur Ableitung von Folgesätzen nicht ohne Weiteres geeignet.

Zu §. 38. Annahme an Kindesstatt.

Lang stellt die Annahme an Kindesstatt in den allgemeinen Theil des Familienrechtes (erster Abschnitt vergl. S. 175 f.), nicht zu den Begründungsakten der Eltern- und Kindesverhältnisse (dritter Abschnitt). Warum er dieß thut, während er doch die Legitimation im dritten Abschnitte erwähnt, läßt sich nicht absehen — namentlich nicht auf dem Boden des württemb. Rechtes, welches die Annahme an Kindesstatt nicht über Vater und Kind hinauswirken läßt (Lang S. 181).

Das ist freilich richtig, daß die Annahme an Kindesstatt nicht immer väterliche Gewalt begründet, also nicht in den Abschnitt 4 gehört; richtig nicht nur um der adoptio minus plena willen, sondern auch und namentlich, weil die Arrogation nicht immer väterliche Gewalt begründet. Lang hat hier, wohl im Anschlusse an Wächter, der in seinen Vorlesungen schon vor mehreren Jahrzehnten diesen Punkt scharf betonte, die auch nach gemeinem Rechte allein begründete Ansicht aufgestellt: daß Arrogation eines schon zu selbstständiger Lebensstellung gelangten Menschen oder einer verheiratheten Frau zwar die Rechtsstellung eines durch solche Aenderung der Lebensstellung gewaltfrei gewordenen leiblichen Kindes, nicht aber die väterliche Gewalt zu begründen vermöge (S. 183 f.). Dieß verdient um so mehr hervorgehoben zu werden, je weniger auch die neuesten gemeinrechtlichen Schriftsteller in

dieser Beziehung die nöthigen Konsequenzen aus dem der sog. **emancipatio Germanica** zu Grunde liegenden Prinzipe ziehen.[9] Außerdem mag etwa bemerkt werden, daß die Ausführungen der Note 14 (auf S. 178) über die gemeinsame Adoptionsform möglicher Weise dahin verstanden werden könnten, daß die Mitwirkung des Gerichtes bei der Adoption im engeren Sinne und der Arrogation wesentlich die gleiche sei, namentlich auch nach der Richtung der vorausgehenden Prüfung (vgl. auch S. 182 Ziff. 1), während doch in dieser Beziehung lediglich keine Aenderung des gemeinen Rechtes aus den partikularen Quellen resultirt. Ob eine solche Auffassung den Intentionen des Verfassers entsprechen würde, mag dahin gestellt bleiben: was auf S. 185 und 186 in Note 34 über die Emanzipation gesagt ist, legt allerdings die Annahme nahe, daß er in jener Beziehung von einer unrichtigen Anschauung geleitet wurde.

In dieser Note ist nemlich daraus, daß die Form der Emanzipation nach württ. Rechte die gerichtliche Bestätigung sei, geschlossen, daß die Emanzipation allgemein nur **ex justa causa** erfolgen könne, und also gerichtliche Bestätigung als Bestätigung nach vorausgehender Prüfung und diese Prüfung als Prüfung auch nach der Seite der Zweckmäßigkeit hin aufgefaßt. Dieß ist nun sicherlich nicht richtig. Abgesehen davon, daß die Stellen der württembergischen Gesetze, welche der Emanzipation erwähnen (K.-V.-O. vom 19. Juni 1808 §. 20; IV. Edikt vom 31. Dez. 1818 §. 191 Ziff. 3; Notariatsgesez vom 14. Juni 1843, Artikel 13, Abs. 3), offensichtlich nur die Kompetenzfrage reguliren wollen, und daß sie nicht von „Bestätigung" sprechen, sondern von „Erkennung", „Erkenntniß", kann doch darüber kein Zweifel sein, daß nach württembergischem, so gut wie nach gemeinem Rechte die Mitwirkung des Ge-

[9] Vgl. z. B. Arndts, Pandekten §. 425; Seuffert, Pandekten §. 475; Windscheid, Pandekten §. 524, und etwas eingehender Sintenis, Civilrecht §. 139 in Note 56.

richtes bei einem Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchaus nicht nothwendig materielle causae cognitio d. h. Prüfung nach der Seite der Zweckmäßigkeit voraussetzt; und daß wenn diese Mitwirkung in der Ertheilung eines „Erkenntnisses" gipfelt, dieses Erkenntniß auch nach blos formeller causae cognitio d. h. Erhebung der gesetzlichen Voraussetzungen der Rechtsgiltigkeit des Aktes ertheilt werden kann (vgl. nemlich die §§. 3 und 9 der K. Verordnung vom 19. Juni 1808). Es bedürfte also besonderer Gründe, um hier eine Zweckmäßigkeitsprüfung zulassen und fordern zu können: an solchen besonderen Gründen aber fehlt es, soweit nicht schon das gemeine Recht eine solche Prüfung verlangt, vollständig — hier bei der Emanzipation, aber auch bei der oben erwähnten Annahme an Kindesstatt.

Dagegen ist auch hier wieder als durchaus richtig hervorzuheben, daß Lang nach dem Zusammenhange, in welchem er der Emanzipation erwähnt (S. 185), solche bei der durch Adoption begründeten Kindschaft auch ohne die Voraussetzung der väterlichen Gewalt zuläßt.

Zu §. 44 und §. 83. (Einfluß der Ehe und der väterlichen Gewalt auf die persönliche Stellung der verbundenen Personen.

In diesen Paragraphen berührt (S. 254 und 410) Lang die Bestimmungen des Auswanderungsgesetzes vom 15. August 1817 (vgl. auch S. 351 f. und S. 396), soweit solche die familienrechtliche Stellung affiziren beziehungsweise mit solcher zusammenhängen, und erörtert dann in den Nachträgen (S. 558) mit ein Paar Sätzen die Frage, inwiefern auf jene Bestimmungen des Auswanderungsgesetzes das Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 (über Erwerb und Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit) abändernd eingewirkt habe.

Die in diesen Nachträgen gegebene verneinende Antwort (vgl. auch S. 410 Note 11) ist jedenfalls in der Hauptsache richtig, wie denn auch ein Erlaß des Ministe-

riums des Innern vom 5. Juli 1871 (Amtsblatt des kgl. württ. Ministerium des Innern 1871 S. 161 f.) sagt: es haben von den Vorschriften des Auswanderungsgesetzes (und des Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833) diejenigen noch Geltung, „welche den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend die Auswanderung der Ehefrauen, der Kinder unter väterlicher Gewalt und der Minderjährigen regeln."

Die Sache ist indessen nicht so einfach, als sie nach dieser Antwort zu sein scheint, und wichtig genug, um eine etwas genauere Untersuchung zu rechtfertigen.

Die in Betracht kommenden Paragraphen des Reichsgesetzes sind der §. 17, der ausdrücklich bestimmt, daß aus anderen als den in §. 15 enthaltenen, lediglich mit der Militärpflicht zusammenhängenden Gründen die Entlassung nicht verweigert werden dürfe; der §. 19, der bestimmt, daß sich die Entlassung, insoferne nicht bei solcher eine Ausnahme gemacht wird, zugleich auf die Ehefrau und die unter väterlicher Gewalt stehenden minderjährigen Kinder erstrecke; der §. 21, Abs. 2, der im Anschlusse an die Bestimmung, daß zehnjähriger ununterbrochener Aufenthalt im (nicht-deutschen) Auslande die Staatsangehörigkeit aufhebe, weiter verfügt, daß dieser Verlust auch die Ehefrau und die unter väterlicher Gewalt stehenden minderjährigen Kinder, soweit sich solche bei dem Ehemanne beziehungsweise Vater befinden, mittreffe.

Von diesen Paragraphen erhält der erste durch die Motive (Verhandlungen des norddeutschen Reichstages 1870 III. S. 158)[10] insoferne eine nähere Erörterung, als solche besagen, daß der Paragraph alle Partikularvorschriften, „nach welcher die Entlassung aus dem Staatsverbande mit Rücksicht auf Privat- oder andere Verpflichtungen verweigert oder verzögert werden dürfe", in Wegfall bringe und nur die Anwendung „prozeßrechtlicher Sicherungsmit-

[10] bei Koller, Archiv Bd. IV. S. 898.

tel" nicht ausschließe; während für die nähere Erklärung des zweiten und dritten Paragraphen die Vorverhandlungen keinen Anhaltspunkt abgeben.

Sind nun nicht unter den privatrechtlichen Hindernissen der Entlassung, die der §. 17 nach den Motiven beseitigt beziehungsweise nur auf dem Wege prozeßrechtlichen Vorgehens beachtet wissen will, auch die aus dem ehelichen und elterlichen Verhältnisse resultirenden Hemmnisse mitzuverstehen? Lang scheint geneigt zu sein, diese Frage unbedingt zu verneinen, „weil das Reichsgesetz an den Familienrechten sicher Nichts ändern wollte" (S. 410 Note 11) „da man nicht annehmen kann, das Gesetz habe so nebenbei höchst wichtige Grundsätze des Familienrechtes abändern wollen" (S. 558). Indessen sind diese Gründe nicht durchschlagend: wäre es auch nur, weil das Reichsgesetz nicht aus dem württembergischen Landesgesetze herausgewachsen ist. Wir werden im Gegentheile annehmen müssen, daß auch jene Hindernisse beseitigt sind, aber freilich nur, soweit sie der Ausführung eines in rechtsgiltiger Weise gefaßten Auswanderungsentschlusses durch Erwirkung der Entlassungsurkunde hemmend in Weg treten: also nicht soweit die Bestimmungen des Auswanderungsgesetzes die Frage beantworten, ob und inwieweit für die Auswanderung der Ehefrau, der Kinder, der Minderjährigen die Zustimmung des Ehemanns, des Vaters, des Vormunds und etwa noch der obervormundschaftlichen Behörde erforderlich ist, und außerdem nicht, soweit die Bestimmungen bezw. deren Konsequenzen nicht auf die Verweigerung der Entlassung hinführen.

Der §. 19 ferner läßt allerdings insoferne für die Bestimmungen der Auswanderungsgesetze Raum, als die Frage: ob die Entlassungsurkunde die Ehefrau und die minderjährigen unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder als mitauswandernd oder als von der Entlassung ausgenommen aufzuführen hat, nach den Bestimmungen jenes Gesetzes beantwortet werden kann und muß (Lang S. 558);

aber die in §. 19 aufgestellte Präsumtion hat immerhin eine materielle Bedeutung und greift insoferne einigermaßen in das Auswanderungsgesetz ein.

Wenigstens ergänzend tritt endlich zu solchen der §. 21 Abs. 2 des Reichsgesetzes hinzu.

Werden von diesen Ausgangspunkten aus die einzelnen einschlagenden Paragraphen des Auswanderungsgesetzes untersucht, so möchte sich folgendes Resultat ergeben:

Zu §. 2: Die Nothwendigkeit einer Zustimmung des Ehemanns zur Auswanderung der Ehefrau wird nicht alterirt; dagegen muß die Bestimmung, daß die Ehefrau auch mit dieser Zustimmung nicht unter allen Umständen auswandern kann, als beseitigt angesehen werden. Denn während der Auswanderungsentschluß durch die Zustimmung des Ehemanns in rechtsgiltiger Weise zu Stande gekommen ist, hemmt das Auswanderungsgesetz mit Rücksicht auf die Ehe die Auswanderung: solche gesetzlichen Hindernisse aber will gerade das Reichsgesetz beseitigt wissen.

Zu §. 3, 4, 6. Diese Bestimmungen bestehen ungeändert fort — auch die Nothwendigkeit der Einholung obervormundschaftlicher Genehmigung Seitens des Vaters, der minderjährige Kinder allein auswandern lassen will.

Was allein fraglich sein könnte, ist: ob nicht der §. 19 des Reichsgesetzes die Beschränkung der Bestimmung des §. 3 Abs. 1 des Auswanderungsgesetzes auf minderjährige Kinder rechtfertigen werde. Die Frage ist aber zu verneinen; da die Präsumtion des Reichsgesetzes ganz wohl auf einen engeren Kreis von Personen beschränkt sein kann, als die im Auswanderungsgesetz vorgeschriebene Mitwirkung bei der Willensbestimmung. Die §§. 15 und 16 bleiben ebenfalls ungeändert, insoferne weder die Bestimmungen des §. 15, noch die Bestimmungen des §. 16 den Ehemann hindern, seine Entlassung aus dem Staatsverbande zu nehmen. Doch ist wohl zu bemerken, daß die Ehefrau nach §. 19 des Reichsgesetzes auch in den Fällen

der §§. 15 und 16 des Auswanderungsgesetzes ihr Staatsbürgerrecht verliert, wenn sie in der Entlassungsurkunde als mitentlassen aufgeführt, ja selbst schon dann, wenn in der Entlassungsurkunde nicht ausdrücklich bemerkt ist, daß sie nicht mit auswandern. (Die Formularien vgl. Koller Arch. IV. 907 mit Amtsblatt des Ministeriums des Innern, 1871, S. 164 — führen Ehefrau und minderjährige unter väterlicher Gewalt stehende Kinder, die mit auswandern, namentlich auf: dieß kann aber nicht hindern, die Präsumtion des §. 19 des Reichsgesetzes so zu verstehen, wie sie nach dem Wortlaut allein verstanden werden kann). Aber freilich soll der Inhalt der Entlassungsurkunde sich nach den §§. 15 und 16 beziehungsweise nach dem mit diesen gesetzlichen Normen übereinstimmenden Willen der Ehefrau bestimmen. Keinenfalls gerechtfertigt wäre es, dem Ehemanne die Ausstellung der Entlassungsurkunde zu verweigern, weil er die Ehefrau entweder nicht mit sich nehmen oder gegen ihren gerechtfertigten Widerspruch mit entlassen wissen will.

Bezüglich der §§. 17 und 18 gilt zunächst das Gleiche, was zu §§. 15 und 16 ausgeführt worden ist; namentlich auch das zuletzt bemerkte, d. h. daß dem Vater die Entlassung mit Rücksicht auf die vorhandenen Kinder, die er nach den Bestimmungen des Gesetzes mit sich nehmen sollte, nicht verweigert werden darf. Geändert wird die im letzten Satze des §. 17 enthaltene Präsumtion nach dem Inhalte der §§. 19 und 21 Abs. 2 des Reichsgesetzes, d. h. sie tritt nur noch ein bezüglich der minderjährigen, in väterlichen Gewalt stehenden Kinder, und nur, wenn solche entweder in der Entlassungsurkunde nicht ausgenommen sind oder im Falle des §. 21 des Reichsgesetzes bei dem durch 10 Jahre im Auslande sich aufhaltenden Vater sich befinden.

Die §§. 20—25 bleiben ungeändert. Aber freilich berechtigen sie in keiner Weise zur Versagung der Entlassung, sondern nur zu prozessualischen Sicherungsmitteln.

In dieser Beschränkung wird sich der §. 24 namentlich auch zur Sicherung der Kinder verwenden lassen, deren Entlassung der Vater nicht nachsucht, beziehungsweise nicht zugibt, während er selbst die Entlassung für sich verlangt.

---

# Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

## Wird durch die Tradition eines ohne Einhaltung der Vorschriften der Art. 1 und 2 des Liegenschaftsveräußerungs-Gesetzes verkauften Grundstückes das Eigenthum an demselben von dem Verkäufer verloren und von dem Käufer erworben?

(Von Herrn Kreisrichter Dr. Stiegele in Rottweil.)

Die in der Aufschrift gestellte Frage scheint in einer in Tafels auserlesenen Civilrechtssprüchen Bd. IV. S. 321 ff. mitgetheilten Entscheidung des vormaligen Gerichtshofes in Eßlingen vom 28. April 1856 und dem solche bestätigenden Urtheil des K. Obertribunals vom 12. Oktober 1858 verneint[1], sofern dort nicht blos ausgesprochen ist, daß die

[1] Anmerkung der Redaktion: Die Frage, ob durch die Tradition eines Grundstückes auf Grund eines, wegen Nichteinhaltung der Vorschriften der Art. 1 und 2 des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes vom 23. Juni 1853 nichtigen Kaufvertrages das Eigenthum des Grundstückes auf den Käufer übertragen werde, ist bei dem Obertribunal schon mehrfach zur Erörterung und Entscheidung gekommen, jedoch in den verschiedenen Fällen nicht gleichförmig entschieden worden, indem die Frage in früheren Entscheidungen verneint, in einer Entscheidung vom 9. Febr. 1870 aber bejaht worden ist, während in neueren Fällen die Frage umgangen wurde.

Noch in einer Entscheidung vom 10. November 1869 in der Be-

in Erfüllung eines nicht in der vorgeschriebenen Weise schriftlich abgefaßten Kaufvertrages in den Besitz des Käufers übergegangenen Objekte zurückgefordert werden können, sondern in der Begründung weiter gesagt wird, die verkauften Objekte gehören noch in die Masse des Verkäufers, durch den formlosen Vertrag sei nihil actum — oder

rufungssache Widenhöfer und Genossen gegen Haas wurde der Satz ausgesprochen, daß durch die Tradition eines Grundstückes auf Grund eines wegen Nichtbeobachtung der Formalitäten der Art. 1 und 2 des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes von 1853 nichtigen Kaufvertrages das Eigenthum an dem Grundstücke auf den Käufer nicht übergehe und der Verkäufer daher das Grundstück von jedem dritten Besitzer vindiziren könne. Dieselbe Ansicht liegt einigen älteren Entscheidungen zu Grunde, ohne daß dieselbe jedoch eine weitere Ausführung gefunden hat.

In einer im württembergischen Archiv Bd. XIII, S. 231 auszugsweise mitgetheilten Entscheidung vom 9. Februar 1870 in der Berufungssache Hartmann gegen Hartmann (verkündigt d. 12. ejusdem) wurde dagegen, und wohl mit Recht, angenommen, daß durch die Tradition eines verkauften Grundstückes an den Käufer das Eigenthum des Grundstückes auf den Verkäufer auch dann übergehe, wenn der den Grund der Tradition bildende Kaufvertrag wegen Nichteinhaltung der Vorschriften der Art. 1 und 2 des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes nichtig sei, und daß daher der Käufer das verkaufte Grundstück nicht mehr von jedem dritten Besitzer vindiziren, sondern nur von dem Käufer kondiziren könne. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, „nach der richtigen Ansicht wird das Eigenthum durch Tradition erworben, wenn hiebei nur die Absicht beider Theile vorliegt, das Eigenthum zu übertragen. Und die wahre Bedeutung der justa causa traditionis ist, daß damit nur das Kennzeichen dieser Absicht bezeichnet wird, welches in der Regel, in dem die Tradition begleitenden Rechtsgeschäfte liegt. Göschen, Vorles. Bd. II. § 278; Puchta, Vorles. § 148; Savigny, Obligationenrecht S. 254—261; Windscheid, Pand., 2. Aufl., Bd. I. § 171. Note 5; Seuffert, Archiv, Bd. XIV, Nr. 282; Bd. XIX, Nr. 122; Sarwey, Monatschrift Bd. XX, S. 241. In vorliegendem Falle läßt nun die vor der Uebergabe erfolgte mündliche Vereinbarung der Kontrahenten und die darauf erfolgte schriftliche Ausfertigung keinen Zweifel übrig, daß die beiderseitige Absicht bei der Uebergabe auf Eigenthumsübertragung gerichtet war .... Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes (wegen Verstoßes gegen die Vorschriften der Art. 1 und 2 des Liegen-

wie die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, soweit diese mitgetheilt sind, lauten, die Folge der Nichtigkeit des angeblichen Kaufvertrages sei, daß die Kaufsobjekte nach wie vor als Bestandtheile des Vermögens des Verkäufers anzusehen seien und von demselben zurückgefordert werden können.

Dem entgegen wird die aufgeworfene Frage von Römer in seinen (ungedruckten) Vorlesungen über württembergisches Privatrecht ganz entschieden bejaht. Es sagt derselbe:

„Durch die Erfüllung eines nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise schriftlich abgefaßten Kauf- oder Tauschvertrages wird die schriftliche Abfassung nicht ersetzt, m. a. W. das Geschäft durchaus nicht giltig, daher kann in diesem Falle niemals ein Anspruch wegen nicht gehöriger Erfüllung erhoben werden, und derjenige Kontrahent, welcher erfüllt hat, kann nicht auf Erfüllung von Seiten des andern Kontrahenten klagen, sondern nur das von seiner Seite Geleistete zurückfordern, und diese Rückforderung kann auch von dem andern Kontrahenten nicht etwa dadurch abgewendet werden, daß er nun zur Leistung seinerseits sich bereit erklärt. Haben beide Kontrahenten geleistet, so kann jeder seine Leistung zurückfordern. Alles dies, weil aus einem nichtigen Geschäfte geleistet ist. Dem steht auch der Satz nicht entgegen, daß das wissentlich ohne Rechtsgrund Gegebene nicht zurückgefordert werden kann. Denn dieser Satz gilt nicht, wo die Nichtigkeit des Geschäftes, aus welchem geleistet ist, auf einem Prohibitivgesetze beruht, und ein solches ist das Liegenschaftsveräußerungsgesetz vom 23. Juni 1853."

---

schaftsveräußerungsgesetzes) konnte den Eigenthumsübergang nicht hindern, da es sich nicht von einer verbotenen Veräußerung und damit einer untersagten Tradition selbst handelt. Die rei vindicatio kann daher den Kläger nicht zu seinem Ziele führen. Dagegen ist dieß allerdings mit der condictio der Fall . . . ." Eine weitere Ausführung wurde auch in diesem Falle nicht gegeben und in den neueren Fällen ist die Frage nicht mehr zur Entscheidung gekommen. K.

„Eine ganz andere, für sich bestehende Frage ist die, ob durch Tradition der Liegenschaft das Eigenthum derselben auf den Empfänger übergehe? Diese Frage ist zu bejahen, da hier der Tradent Eigenthum übertragen und der Empfänger solches erwerben will und der Uebergang des Eigenthumes nicht einmal Erlaubtheit des Geschäftes, welches die causa der Tradition bildet, voraussetzt. Daher kann die zu Erfüllung eines nicht in der vorgeschriebenen Weise schriftlich abgefaßten Kauf- oder Tauschvertrages tradirte Liegenschaft nicht vindizirt, sondern nur kondizirt werden und zwar entweder mit der condictio indebiti oder mit der condictio sine causa im engern Sinne."

Die Grundlage dieser Ansicht ist, wie man sieht, die scharfe Unterscheidung zwischen dem Akt der Tradition, bezüglich dessen sich keineswegs (siehe Note 4 unten) sagen läßt, nihil actum, und der causa der Tradition d. i. dem Verkauf oder Tausch. Zu ersterem Akte gehört bekanntlich nur der Erwerb des Besitzes einer Sache mit dem Willen, das Eigenthum derselben zu erwerben, auf Grund der Einwilligung des bisherigen Eigenthümers der Sache. Sobald der Besitz erworben ist mit diesem animus dominii acquirendi auf der einen, und dominii transferendi auf der andern Seite ist das Eigenthum übergegangen, die causa der Tradition ist als bloßes Motiv zu jenem Willen, Eigenthum hinzugeben und zu erwerben, ohne allen Einfluß auf den Eigenthumsübergang; dieser ist hievon ganz unabhängig, namentlich braucht die causa der Tradition nicht erreicht zu werden, ja nicht einmal erlaubt zu sein.

„Nichterreichung der causa," führt Römer aus besonderem Anlaß hieher weiter aus, „und Unerlaubtheit derselben, daher insbesondere auch Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, welches die causa der Tradition bildet, hindert den Eigenthumsübergang nicht. Das ist jetzt allgemein anerkannt mit der selbstverständlichen Beschränkung, daß, wenn das Gesetz aus demselben Grunde, aus

welchem es das Rechtsgeschäft, welches die causa der Tradition bildet, für nichtig erklärt, auch die Veräußerung der Sache für nichtig erklärt[2], wie z. B. im Falle der Schenkung zwischen Ehegatten, auch die Tradition keinen Eigenthumsübergang bewirkt[3]."

„Der Bestimmungsgrund der Willenserklärung ist nicht Bestandtheil derselben[4]."

„Die Richtigkeit dieser Ansicht wird bewiesen durch die Existenz der condictio ob turpem und ob injustam causam. Diese Kondiktionen hätten gar keinen Sinn, wenn die Unerlaubtheit der causa den Eigenthumsübergang verhinderte, denn nach römischem Rechte kann ja Niemand eine in seinem Eigenthum stehende Sache kondiziren[5]. Sodann dienen zum Beweis auch diejenigen Stellen, welche

[2] Diese Nichtigerklärung auch der Veräußerung muß im Gesetze ausgesprochen sein, vgl. Note 34 unten, und im Texte oben folgende Argumentation aus der Existenz der condictio ob turpem und ob injustam causam.

[3] Puchta, Pand. und Vorl. § 148; Böcking, Pand. des röm. Priv.-Rechtes, Bd. II, § 183, Note 26; Arndts, Lehrb. d. Pand. § 145, N. 3, lit. c; Windscheid, Lehrbuch d. Pand., Bd. I, § 172, N. 5 a. E., und die Ausführung in Seuffert's Archiv, Bd. XIX, N. 122. (Ganz in derselben Weise hat sich das Obertribunal in der oben angeführten Entscheidung vom 9. Febr. 1870, ausgesprochen. Zu vgl. Württ. Archiv Bd. XIII. S. 231. K.)

[4] Windscheid, a. a. O. — Böcking spricht sich in seiner eigenthümlich scharfen Weise a. a. O. so aus: „Die subjektive Fähigkeit, die auch hier in Betracht kommt, vorausgesetzt, kann übrigens das mit jenem Bestandtheil versehene Rechtsgeschäft selbst ein strafbares sein, und doch Eigenthumsübergang bewirken; nur dem zum juristischen Denken Unfähigen oder darin Ungeübten kann es Schwierigkeiten machen, zu begreifen, daß eine Absicht und deren Ausführung an sich vollkommen zuläßig und wirksam sein kann, während der zur Bethätigung jenes Willens zu erzielende Zweck selbst ein Verbrechen ist; zu meinen, daß ein verbotenes und in Folge dessen nichtiges Rechtsgeschäft als juristisch gar nicht existent zu betrachten und zu behandeln sei, wäre eine prächtige, nicht bloß gegen Strafe, sondern auch gegen Schadensersatzpflicht schirmende Jurisprudenz für alle Delinquenten.

[5] Nemo rem suam condicere potest.

die condictio versagen, weil dem Geber turpitudo zur Last fällt; denn implicite erkennen sie den Eigenthumsübergang an, da, wenn dieser nicht einträte, die condictio schon versagt werden müßte, quia nemo rem suam condicere potest, die Begründung des Ausschlusses der condictio durch die turpitudo dantis also gar keinen Sinn hätte. Das Liegenschafts-Veräußerungs-Gesetz erklärt lediglich den Kaufvertrag für nichtig, wenn er nicht schriftlich abgefaßt ist. Der Kaufvertrag ist aber blos die causa der Tradition, über die Wirkung der Tradition auf Grund eines wegen Verletzung der Formen des Gesetzes nichtigen Kaufes enthält jenes Gesetz weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Bestimmung, daher entscheidet darüber das gemeine Recht und dieses erklärt eben die Wirkung der Tradition für unabhängig von dem Dasein der Erreichung oder der Erlaubtheit der causa."

„Mit mir vollkommen einverstanden", fährt Römer fort, „ist Wächter, den ich ganz besonders für mich anführe; man braucht bloß zu lesen dessen Handbuch des württ. Privatrechtes Bd. II, S. 664. 665 [6]. Denn es liegt, wie bemerkt, keiner der Fälle vor, in welchem der Nichtigkeitsgrund sich auch auf den Akt der Tradition erstreckt [7]. Das Liegenschaftsveräußerungsgesetz erklärt nur den Kauf, nicht auch die behufs Erfüllung des Kaufes erfolgte Tradition für nichtig, während das römische Recht die Schenkung unter Ehegatten in jeder Form, erfolge sie durch Konstituirung einer obligatio für den einen Ehegatten gegen den andern, oder durch Tradition oder wie sonst, und jede Veräußerung eines minor, der einen curator hat, für nichtig erklärt. Gerade hieran, an einer gesetzlichen Bestimmung, welche die Veräußerung auf Grund eines nach dem Liegenschaftsveräußerungsgesetze nichtigen Kaufes oder Tausches gleichfalls für nichtig erklärt, fehlt es; ein ge-

[6] Siehe auch noch Wächter, württ. Privatrecht Bd. II. §. 102. Note 3 und 17.

[7] Wächter, a. a. O. S. 664, Note 35.

setzliches Veräußerungsverbot liegt hier durchaus nicht vor, nur ein Verbot, den Kaufvertrag in anderer Form abzuschließen, als das Gesetz es vorschreibt; die auf einen dieser Form nicht entsprechenden Kaufvertrag gefolgte Tradition des Kaufobjektes ist ein ganz anderer an sich selbstständiger juristischer Akt und darf namentlich auch nicht etwa als ein Theil des Kaufgeschäftes aufgefaßt werden."

Der eminente Unterschied in den praktischen Konsequenzen der einen und der andern Ansicht springt in die Augen. Wird durch die Tradition behufs des Vollzuges eines den Förmlichkeiten des Liegenschaftsgesetzes nicht entsprechenden Vertrages das Eigenthum an dem Kaufsobjekte nicht übertragen, so kann der Verkäufer dasselbe nicht nur, insolange es noch im Besitze des Käufers ist, sondern auch wenn es den Besitzer selbst mehrmals gewechselt hat, von jedem Dritten mittelst der Vindikationsklage alle Zeit, insolange nicht Verjährung im Wege steht, zurückfordern. Der Schutz, den der Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes einem späteren Besitzer nach Umständen gewährt, kann, da die Voraussetzungen dieses Artikels bei einem regen Güterverkehre regelmäßig nicht zutreffen werden, kaum in Betracht kommen. Zu Zeiten der Spekulation z. B. mit Häusern, wo ein Gebäude in kurzer Zeit eine Reihe von Besitzern nach einander haben kann, könnte, zumal wenn man der wohl richtigen Ansicht Wächters[8] beitritt, daß, soll der Schutz des Art. 15 wirksam angerufen werden können, das letzte Ziel des Kaufschillings bezahlt sein muß, das Kaufsobjekt, nachdem es dermalen vielleicht einen beträchtlich höheren Verkehrswerth erlangt hat, wegen eines in der Mitte liegenden nichtigen Kaufes von dem betreffenden Verkäufer ohne Weiteres wieder an sich gezogen werden, trotzdem es schon in dritte und vierte Hand übergegangen sein kann. Die große Rechtsunsicherheit, welche die Nichtbeachtung der

[8] Erörterungen, Heft 1, S. 233.

erfolgten Tradition im Gefolge hat, dürfte daher, ganz abgesehen davon, daß, wie oben wohl überzeugend nachgewiesen ist, nach gemeinem Rechte die Tradition ihre Wirkung auch bei nichtiger oder gar verbotener causa derselben in der Regel beibehält, zu der Foderung zwingender Gründe für die gegentheilige Ansicht berechtigen, welche, soll sie für richtig erkannt werden, den streng zu nehmenden Beweis liefern muß, daß das Liegenschaftsgesetz die Veräußerung auf Grund eines seinen Vorschriften nicht entsprechenden Kauf- oder Tauschvertrages und nicht bloß diesen für nichtig erkläre.

Dieß ist nun zwar in Art. 11 des genannten Gesetzes ausgesprochen, sofern hier bestimmt ist, daß der Verkäufer die Liegenschaft mindestens drei Jahre in seinem Besitze behalten müsse, eine Tradition vor diesem Zeitpunkte mithin von dem Gesetze verboten wird. Römer führt denn auch in seinem Systeme die Bestimmungen des Art. 11 an anderem Orte, als die Art. 1—10 desselben Gesetzes und zwar unter dem Titel „Beschränkungen des Veräußerungsrechtes" auf und definirt die in Art. 12. Abs. 1 festgesetzte Ungiltigkeit der verbotenen Stückverkäufe dahin, daß namentlich das etwa schon übergebene Grundstück vindizirt werden könne, und zwar durch den Verkäufer selbst. Die Tradition auf den Grund eines nicht auch unter den Art. 11 des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes, sondern nur unter die Art. 1 und 2 dieses Gesetzes fallenden und gegen deren Vorschriften verstoßenden Kauf- oder Tauschvertrages ist nun aber weder in diesen noch in den folgenden Artikeln des Gesetzes irgend verboten, oder für ungiltig erklärt. Ein Veräußerungsverbot enthält das Gesetz nur hinsichtlich der unter den Art. 11 Abs. 1 fallenden Stückverkäufe.

Fragt man nach den Gründen, welche für die andere Ansicht geltend gemacht werden, so enthält die angeführte Obertribunalsentscheidung, soweit solche von Tafel a. a. O. mitgetheilt ist, nur den Satz: „Folge der Nichtigkeit des

angeblichen Kaufvertrages ist, daß die Kaufsobjekte nach wie vor als Bestandtheile des Vermögens des Verkäufers anzusehen sind und von demselben .... zurückgefordert werden können." Dies ist nun in gewissem Sinne auch nach der hier vertheidigten Römer'schen Ansicht der Fall, sofern das, was ich zu kondiziren in der Lage bin, in gewissem Sinne immerhin als Bestandtheil meines Vermögens angesehen werden kann. Wollte aber damit gesagt werden, Folge der Nichtigkeit des Kaufvertrages sei, daß die Kaufsobjekte trotz der nachgefolgten Tradition im Eigenthum des Verkäufers verblieben seien, so wäre dieß erst an der Hand des Gesetzes vom 23. Juni 1853 zu beweisen, oder darzuthun, daß es schon nach allgemeinen Grundsätzen rechtliche Folge der Nichtigkeit ist. Ersteren Beweis sucht die angeführte Entscheidung des Gerichtshofes in Eßlingen zu führen. Es wird zunächst mit Bezug auf die Kammerverhandlungen gezeigt, daß ein nicht schriftlich abgefaßter Vertrag unheilbar nichtig sei[9]. Dieß ist nun auch von Römer nicht beanstandet. Wenn es aber weiter heißt: „Steht aber dieses fest, so bedürfen die Folgen keiner besonderen Ausführung: Nihil actum est, die verkauften (und tradirten) Objekte gehören noch in die Masse," so ist das eine petitio principii insoferne, als die Nichtigkeit der causa nicht ohne Weiteres auch die Nichtigkeit der Tradition zur Folge hat, wie oben gezeigt ist. Das „nihil actum est" hat der Justizminister bei den Kammerverhandlungen über das in Rede stehende Liegenschaftsveräußerungsgesetz, wie der Gerichtshof selbst allegirt, lediglich seiner Ausführung beigefügt, daß, wenn es an einem der in Art. 2 aufgeführten Punkte fehle, die Folge die sei, daß gar kein Kauf, gar kein Rechtsgeschäft vorhanden sei, daß, wie die Juristen sagen, nihil actum est. Daß nun in allen Fällen, wo über einen Liegenschaftskauf, sei es überhaupt keine, oder, was gleichbedeutend ist, keine den Er-

[9] Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. IV, S. 322—325.

forderniſſen des Art. 2 entſprechende Urkunde aufgenommen wurde, der fragliche Kauf als rechtlich nicht exiſtent anzuſehen und daher unheilbar nichtig iſt, wird von Niemand auch von Römer nicht beſtritten, welcher, wie angeführt, die Folgen dieſer Nichtigkeit gleichfalls dahin definirt, daß, wenn es ſich lediglich um den einzuleitenden Vollzug eines derartigen Kaufes oder um Aufhebung des vollzogenen Kaufes unter den Kontrahenten handelt, einfach geſagt wird: nihil actum est. Ob aber die durch den Vollzug vorgenommene Tradition des Kaufsobjektes das Eigenthum an letzterem auf den Käufer übertrage, iſt eine Frage, welche für ſich beantwortet werden muß [10]. Erſt zu erweiſen iſt daher die Behauptung, daß „der Nichterwerb des Eigenthums trotz geſchehener Tradition eine Konſequenz der in Art. 1 des Geſetzes (bezüglich des unterliegenden Kauf- oder Tauſchvertrages) verfügten Nichtigkeit [11]“ ſei. Auf Ungenauigkeit aber beruht es, wenn dort weiter geſagt wird, dieſe Konſequenz habe ihre ausdrückliche Anerkennung in den Kammerverhandlungen dadurch gefunden, daß beantragt worden ſei, zu Sicherung des Erwerbes in gutem Glauben unförmlichen Verträgen, ſtatt ſie für nichtig zu erklären, nur die Klagbarkeit zu entziehen, was dann die Folge gehabt haben würde, daß vollzogene Verträge unangreifbar geworden wären, und daß dieſer Antrag abgelehnt worden ſei. Denn auch nach der hier vertretenen Anſicht ſind die betreffenden Verträge nach ihrem Vollzuge durchaus nicht unangreifbar, aber es iſt dieſe Anfechtbarkeit auf die Kontrahenten, wie dieß an ſich natürlich iſt, beſchränkt. Es iſt daher mit der Ablehnung jenes (Fetzer'ſchen) Antrages, in Art. 1 ſtatt „ſind nichtig“

---

[10] So auch die Mehrheit der Juſtizgeſetzgebungs-Kommiſſion der Kammer der Abgeordneten in ihrem abweichenden Antrage zu Art. 11 und 12 des Geſetzes. Verh. der Kammer der Abgeordneten von 1851/53. 1 Beil. Band Abth. 1. S. 977. Anm. unten. —

[11] Tafel, a. a. O. S. 325.

die Worte „gewähren kein klagbares Recht" zu setzen, die Ansicht, daß durch Tradition des Kaufsobjektes dieses in das Eigenthum des Käufers übergehe, von welchem es dann zutreffenden Falles kondizirt werden kann, ganz wohl vereinbar.

Der Abgeordnete Fetzer hat nun zu Motivirung dieses seines Antrages allerdings etwas weiter ausgeholt und gesagt: „Meiner Ansicht nach wird der Zweck des Gesetzes (vor Uebereilungen zu schützen) vollkommen erreicht, wenn man solchen Verträgen, wenn sie nicht schriftlich abgefaßt sind, die Klagbarkeit entzieht, während auf der andern Seite, wie ich glaube, eine große Rechtsunsicherheit vermieden wird, wenn man sich hierauf beschränkt. Wird die Nichtigkeit darauf gesetzt, so erscheint ein solcher Vertrag selbst dann, wenn er vollzogen ist, und zwar bona fide vollzogen ist, doch immer noch anfechtbar, und es kann der Gegenstand, um den es sich handelt, nachdem er vielleicht bereits in dritte und vierte Hand gekommen ist, ohne alle materielle Berechtigung des Verkäufers von demselben wieder an sich gezogen werden, und zwar bloß deßhalb, weil der frühere Vertrag entweder gar nicht schriftlich abgefaßt wurde, oder weil die schriftliche Urkunde darüber den in Art. 2 aufgestellten Bedingungen nicht vollständig entspricht. Ich mache auf die Rechtsunsicherheit aufmerksam, welche also durch Annahme der vorgeschlagenen Nichtigkeit entstehen würde. Bei jedem späteren Vertrage über Veräußerung eines liegenden Gutes würde es nothwendig, alle vorhergehenden Verträge bis auf 10 und beziehungsweise 20 Jahre rückwärts durchzusehen, um sich zu überzeugen, daß die Uebergänge an andere Besitzer immer nach den Erfordernissen des Gesetzes vor sich gegangen sind. Das glaube ich, sollte man nicht herbeiführen. Es wird ja dadurch ein Gut, wenn irgend einmal ein unvollständiger Veräußer-

ungsvertrag darüber vorliegt, durchaus unverkäuflich, solange nicht die Zeit der Verjährung verstrichen ist.“ [12]

Man sieht, daß der Abgeordnete Fetzer davon ausging, daß zufolge der im Art. 1 des Gesetzes gedrohten Nichtigkeit des betreffenden Vertrages auch nach dessen Vollzug das Objekt desselben im Eigenthume des Veräußerers verbleibe, ganz wie die angeführte Gerichtshofsentscheidung annimmt, und daß dasselbe demgemäß, auch nachdem es in dritte Hand gekommen, ohne Weiteres von dem ersten Verkäufer vindizirt werden könne, sofern nicht Verjährung im Wege stehe, und es wurde diese Ansicht, welche in ihrer Allgemeinheit doch unter allen Umständen schon im Hinblick auf Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes sich als irrig darstellt, auch von keiner Seite widersprochen oder berichtigt, was sich übrigens daraus sehr wohl erklärt, daß bereits ein Antrag auf Schluß der Debatte eingebracht war. Nur, als die Abstimmung von dem Präsidenten mit den Worten eingeleitet wurde, der Abgeordnete Fetzer sei mit der Fassung der Kommission im Wesentlichen einverstanden, stoße sich aber an den Worten „sind nichtig“, mit denen er nicht einverstanden sei, und welche er in die Worte umgeändert wissen wolle, „gewähren kein klagbares Recht“, konstatirte der Justizminister, daß Fetzer den Art. 1 im Prinzip umstoße, und daß somit sein Antrag wesentlich von dem Art. 1 verschieden sei. Diese Verschiedenheit ist aber auch nach der Auffassung, welche hier vertreten wird, vorhanden; denn der Abgeordnete Fetzer wollte ja nicht etwa blose Nichtigkeit des Kaufvertrages, dagegen keine Nichtigkeit der hierauf gefolgten Tradition, sondern die Nichtklagbarkeit des Kaufvertrages ausgesprochen wissen. Der prinzipielle Unterschied zwischen Nichtigkeit und Nichtklagbarkeit eines Vertrages wird aber, auch wenn man der Fetzer'schen Ansicht über die Folgen der in Art. 1 festge-

---

[12] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851/53. Bd. VI, S. 4376.

setzten Nichtigkeit nicht ist, weder geleugnet, noch außer Acht gelassen. Dürfte man daraus, daß gegen diese zu Motivirung seines Antrages vorgeführte rechtliche Ansicht Fetzers Nichts erwidert, und daraus, daß der Antrag abgelehnt wurde, schließen, daß jene Ansicht von der Kammer getheilt worden sei, so müßte ja die Kammer hiebei den Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes ganz außer Acht gelassen, oder demselben stillschweigend derogirt haben. Gänzlich ohne Unterlage aber wäre der Schluß, daß mit Ausnahme der unter den Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes fallenden Fälle im Uebrigen die Ansicht Fetzers als gebilligt anzunehmen sei, und so muß selbst nach diesem Abschnitte der Kammerverhandlungen die Frage mindestens als eine offene, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beantwortende, bezeichnet werden, welches die Folgen der in Art. 1 festgesetzten Nichtigkeit nach erfolgtem Vollzuge des betreffenden Vertrages hinsichtlich des Ueberganges des Eigenthums an den Kaufs- oder Tauschobjekten sind?

Als sehr bemerkenswerth für diese Frage ist nun aber aus den Kammerverhandlungen noch Folgendes anzuführen. Die Majorität der Justizgesetzgebungskommission hatte zu Art. 11 des Entwurfes (Art. 11 und 12 des Gesetzes) beantragt in erster Linie, den Art. 11 ganz zu streichen, eventuell aber statt des letzten Absatzes desselben (jetzt Abs. 1 des Art. 12 des Gesetzes) zu setzen: „Ein derartiger Wiederverkauf ist verboten und kann von dem Käufer als nichtig angefochten werden“ und hiebei ausdrücklich bemerkt, die Frage, ob, wenn dem Verbot entgegen der Wiederverkauf vorgenommen werde und die Grundstücke den Käufern übergeben werden, gleichwohl der Uebergang des Eigenthums erfolge, sei nach den hier eingreifenden Grundsätzen des Civilrechtes zu entscheiden[13]. Der Berichterstatter der Majorität der Kommission hob hiebei hervor, daß man

[13] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851/53. Beil. Bd. I. Abthl. 2. S. 976 und 977.

durch diesen Art. 11 allzutief in den gewöhnlichen Verkehr eingreife, daß man hier ein Veräußerungsverbot einführe, welches den Verkehr der Güter überhaupt beschränke; das scheine der Mehrheit der Kommission allzuweit zu gehen, als daß es in einem Gesetze, das blos die Mißbräuche der Güterhändler treffen solle, festgesetzt werden könnte.[14]

Hieraus folgt nun doch ganz klar, daß die Mehrheit der Kommission in dem Bisherigen kein Veräußerungsverbot, also insbesondere kein solches in Art. 1 des Gesetzes und in der dort gedrohten Richtigkeit gefundeu hatte,[15] so daß sie auch bei Art. 11 eventuell blose Richtigkeit und kein Verbot der Veräußerung statuiren wollte und hiebei die Frage, ob durch Tradition der Eigenthumsübergang bewirkt werde, ausdrücklich als eine offene bezeichnete.

Ihre Anträge bezüglich des Art. 11 wurden nun zwar verworfen, indem gerade mit dem Art. 11 des Entwurfes, „dem Hauptnerv des ganzen Gesetzes" die Hofmetzgerei getroffen werden wollte[16], und so ist durch die Art. 11 und 12 des Gesetzes allerdings ein Veräußerungsverbot festge-

---

[14] Kammerverhandlungen a. a. O. S. 4439. 4440. 4442 unten.

[15] Auch der Abgeordnete Huck, welcher zu Art. 1 des Gesetzes in Bekämpfung des hier ausschließlich aufgestellten Erfordernisses der Schriftlichkeit das Wort ergriffen hatte (s. Kammerverhandl. a. a. O. S. 4365), verwerthet die durch diesen Artikel bei Annahme eines darin enthaltenen Veräußerungsverbotes eintretende Rechtsunsicherheit nicht, so sehr solches zu seinem Zwecke gepaßt hätte, während er später bei der Debatte über die von ihm gleichfalls bekämpften Art. 11 und 12, durch welche eine wirkliche Veräußerungsbeschränkung geschaffen wurde, so daß hier in den eintretenden Fällen das fragliche Objekt, auch nachdem es in dritte und vierte Hand übergegangen, jederzeit innerhalb der Verjährungsfrist vindizirt werden könne, auf die hiedurch ermöglichte Rechtsunsicherheit hinzuweisen nicht versäumt hat. S. Kammerverhandl. a. a. O. S. 4387.

[16] S. Kammerverhandlungen, a. a. O. S. 4443 (Huck), 4447 (Probst) und 4448 (Justizminister).

setzt worden. Daß aber hiemit im Uebrigen die Ansicht der Majorität der Kommission über die Tragweite der in Art. 1 statuirten Nichtigkeit, insbesondere hinsichtlich der Frage des Eigenthumsüberganges nach erfolgter Tradition, verworfen worden wäre, kann nicht gefolgert werden, ist aber auch nirgends zu lesen und so ist im Gegentheil Grund zu der Annahme vorhanden, daß die Auffassung der Mehrheit der Kommission, daß in dem Bisherigen ein Veräußerungsverbot nicht festgesetzt worden sei, von der Kammer getheilt wurde. Ein Rückschluß aus dem Schicksal der Anträge der Mehrheit der Kommission zu Art. 11 auf den Art. 1 ist auch schon deßhalb nicht zuläßig, weil durch diesen Artikel am allerwenigsten die Hofmetzger, und wenn, so doch viel weniger als der gewöhnliche Privatmann getroffen sind, wie das in der Kammer ausdrücklich hervorgehoben worden ist.[17]

Nach dieser Antwort sowohl, wie nach den Motiven zu dem Gesetze, ist der Hauptzweck des Art. 1 der gewesen, einen Streit darüber, wie kontrahirt worden, sowie Uebereilungen in Abschluß der betreffenden Verträge abzuschneiden, und fand der Artikel seine Stelle in diesem Gesetze hauptsächlich wegen des Datums eines Kaufes mit Rücksicht auf die von da ab zu berechnende Neuzeit[18]. Jener Zweck des Art. 1 ist nun aber bei Festsetzung bloßer Nichtigkeit eines unförmlichen Vertrages vollkommen erreicht; hiezu brauchte es kein Veräußerungsverbot, welches dahin ginge, wenn die in Art. 1 vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten sind, so kann und darf ein solcher Vertrag gar nicht vollzogen, die Liegenschaft insbesondere nicht (mit der sonstigen Wirkung des Eigenthumsüberganges) tradirt werden.

---

[17] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten a. a. O. S. 4443 (Huck) u. 4365 (derselbe), sowie die Antwort des Justizministers hierauf ebendaselbst.

[18] S. Kammerverhandlungen a. a. O. S. 4364 (Berichterstatter Wiest) und Beil. Band 1851/53. Abthl. 2. S. 800.

Bei der Abneigung der Mehrheit der Justizgesetzgebungskommission, welche doch im Uebrigen mit der Tendenz des Gesetzes, Maßregeln gegen die Hofhändler zu treffen, ganz einverstanden war,[19] aus Anlaß dieses Gesetzes ein den Verkehr beschränkendes Veräußerungsverbot zu erlassen, kann somit schon im Voraus und abgesehen von der ausdrücklichen Bestätigung durch ihren Berichterstatter (Probst) nicht angenommen werden, daß sie dem verhältnißmäßig untergeordneten Zwecke, welchen der Artikel 1 des Gesetzes verfolgt, ein Opfer brachte, welches sie dem Hauptzwecke, welcher in Art. 11 zum Ausdruck kam, verweigerte, um so weniger, als dieses eine über das von dem Art. 1 im Auge gehabte Ziel hinausgehende Remedur genannt werden müßte.

Ist aber der Art. 1 des Gesetzes in diesem Sinne von der Kommission aufgefaßt und zur Annahme empfohlen worden, so dürfte es doch mehr als gewagt erscheinen, im Hinblick auf die oben erwähnte Motivirung, welche der Abgeordnete Fetzer seinem zu diesem Artikel eingebrachten Antrag gab, einerseits und auf die Ablehnung dieses Antrages andererseits aus dem Art. 1 ein Veräußerungsverbot herauskonstituiren zu wollen, ganz abgesehen von dem, was schon oben über den Werth dieser Argumentation an sich gesagt ist.

Dem Ausgeführten zufolge lassen sich bei genauerer Prüfung der ständischen Verhandlungen dafür, daß der Art. 1 des Gesetzes ein Veräußerungsverbot enthalte, keine Anhaltspunkte gewinnen, wohl aber solche dagegen. Der Wortlaut des Gesetzes spricht auch nicht dafür, und so müßte, wenn selbst der gesetzgeberische Wille bezüglich der Folgen der in Art. 1 festgesetzten Nichtigkeit rücksichtlich unserer Frage zweifelhaft wäre, wie er es unseres Erachtens Angesichts der Motivirung der Anträge der Mehrheit

---

[19] Siehe § 1 u. § 12 des Kommissionsberichtes in dem alleg. Beil. Band S. 972 ff.

der Justizgesetzgebungskommission zu Art. 11 des Entwurfes nicht ist, nach dem angeführten Inhalt der Verhandlungen über die Art. 11 und 12 des Gesetzes unsere Frage jedenfalls aus dem gemeinen Rechte beantwortet und demgemäß, wie oben gezeigt und nach bekannten Auslegungsregeln in Betreff singulärer Gesetze geboten ist, bejaht werden. —

In einem bei der Civilkammer des Gerichtshofes in Rottweil anhängig gewesenen Prozesse,[20] in welchem die aufgeworfene Frage zur Sprache kam, wurde dieselbe (per majora) verneint, d. h. der auf den Grund eines unförmlichen Vertrages erfolgten Tradition des betreffenden Grundstückes die Wirkung des Eigenthumsüberganges versagt. Der diese Ansicht vertretende Referent führte im Wesentlichen aus: Zwar sei es richtig, daß nicht jede Nichtigkeit des die causa für den Eigenthumsübergang bildenden Vertrages die Tradition selbst unwirksam mache und den Eigenthumsübergang hindere; es könne trotz der Nichtigkeit des Vertrages das Eigenthum dennoch übergehen und von dem Erwerber daher wieder giltig auf Dritte übertragen werden, so daß sich dießfalls die Nichtigkeit des Vertrages nach dessen Vollziehung bloß darin äußere, daß das nichtig Veräußerte dem unmittelbaren Erwerber mit einer persönlichen Klage abverlangt werden könne.[21] Allein abgesehen davon, daß es

[20] Rechtssache des Apothekers K. in Sch. gegen den Bauern A. Sch. in S.; Theilungsklage betr.

[21] Berufen wurde sich auf Wächter, württ. Privatrecht Bd. II. S. 664 u. Anm. 35, S. 749, Anm. 17, sowie Arndts, Pand. § 145 bei c. Wächter spricht sich jedoch nicht in dieser problematischen Weise („es könne") aus, sondern sagt: „Der Eigenthümer ist zur Zurückgabe persönlich verpflichtet, nur bewirkt allerdings die Zahlung in der Regel den Uebergang des Eigenthums . . ., sofern der Nichtigkeitsgrund sich nicht auch noch besonders auf den Akt der Uebergabe erstreckt; erstreckt sich der Nichtigkeitsgrund auch hierauf, auf die in der Fassung liegende Veräußerung, ist somit auch die Uebergabe nichtig, so wird der Empfänger nicht einmal Eigenthümer" u. s. w. Wächter a. a. O. S. 664.

doch dem Wesen der Nichtigkeit eher entspreche, einem nichtigen Vertrag jegliche Wirkung zu versagen[22], so werde man da, wo die Nichtigkeit nicht etwa bloß im Interesse der jeweiligen Kontrahenten und zufolge eines rein juristischen Prinzips festgesetzt sei,[23] sondern wo die Nichtigkeit wegen Nichteinhaltung der im öffentlichen Interesse vorgeschriebenen Form eines Rechtsgeschäftes angedroht werde, im Zweifel annehmen müssen, daß das Gesetz unter keinen Umständen und in keiner Beziehung dem gegen seine gebietende Vorschrift geschlossenen Vertrag eine rechtliche Wirkung habe einräumen wollen,[24] indem sonst das leitende öffentliche Interesse nicht im vollen Umfange befriedigt würde.[25] Es sei denn auch nach gemeinem Recht anerkannt, daß die Vollziehung einer der vorgeschriebenen Insinuation entbehrenden und daher nichtigen Schenkung das Eigenthum nicht übertrage, — cst.

[22] Es ist oben ausgeführt, daß die Tradition ein selbstständiger Akt ist; der Vertrag ist lediglich das Motiv zu dem animus dominium transferendi und acquirendi. Diesem Akte „als einer Wirkung des nichtigen Vertrages" jegliche Bedeutung absprechen zu wollen, wäre ohne juristische Konsequenz. — Vgl. auch Note 4 oben. — Die rechtliche Wirkung des Vertrages ist nämlich lediglich die Verbindlichkeit und entsprechend dieser ein Klagerecht auf Tradition; nur diese fallen bei vorliegender Nichtigkeit des Vertrages weg. Hieraus folgt aber durchaus noch nicht, daß eine sei es in rechtsirrthümlicher Unterstellung jener Verbindlichkeit oder im Bewußtsein der Nichtigkeit des fraglichen Vertrages vorgenommene Tradition d. h. Besitzübertragung in der Absicht, das Eigenthum zu übertragen, einer- und Besitzergreifung in der Absicht, das Eigenthum zu erwerben, andererseits wirkungslos ist. —

[23] Berufung auf Wächter, a. a. O. S. 744.

[24] Eben darum kann der Vollzug eines nichtigen Vertrages nicht begehrt und der vollzogene Kauf unter den Kontrahenten wieder in den früheren Stand des Nichts zurückgeführt werden. — Vgl. die Note 22 und die oben aus den Vorlesungen Römer's mitgetheilte Ausführung.

[25] Das in Art. 1 des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes im Auge gehabte öffentliche Interesse (im Gegensatz zu der Fürsorge für die Einzelnen) wäre schon bei bloßer Nichtklagbarkeit des unförmlichen Vertrages genügend gewahrt; siehe Note 28 unten.

34 § 2 Cod. de donat (8, 54[26]) — und sei von Wächter in seinem Manuscripte zu Arndts Pandekten § 145 der allgemeine Grundsatz aufgestellt, daß das Eigenthum nicht übergehe, wenn die wesentliche Form, welche zur Veräußerung nöthig sei, nicht beobachtet worden[27]. Auch der Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes schreibe im öffentlichen Interesse, nämlich zu Verhütung von Uebereilungen und zum Schutze gegen die Machinationen der Hofmetzger[28] bei Strafe der

[26] Dieß ist ganz richtig, und ist das ein weiterer Fall, in welchem das Gesetz selbst diese Folge der Nichtigkeit ausdrücklich feststellt, (verb. „communione inducta" der zit. Konstitution). Der Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes aber gibt nicht einmal eine Andeutung, daß der vollzogene unförmliche Vertrag kein Eigenthum übertrage, geschweige, daß dieß als Konsequenz der festgesetzten Nichtigkeit in dem Gesetze irgendwo ausgesprochen wäre, wie es denn hinsichtlich der in Art. 1 festgesetzten Nichtigkeit auch geflissentlich nicht ausgesprochen werden wollte, wie oben gezeigt wurde.

[27] Dieses Zitat ist vollkommen im Einklang damit, wie sich Wächter über die vorliegende Vorfrage a. a. O. (Hand. S. 664, s. Note 21 oben) ausgesprochen hat. Hienach ist zu unterscheiden zwischen der Nichtigkeit des Vertrages und der Nichtigkeit auch der Veräußerung, welche in der zufolge des Vertrages geschehenen Leistung (Tradition) liegt. Der Verkauf an sich ist ja noch keine Veräußerung, sondern erst die Leistung auf Grund desselben. Die zum Verkaufe nöthige Form kann zufälligerweise eine ganz andere sein, als die zur Veräußerung erforderliche Form (z. B. der Auflassung nach früherem Recht); ersterer kann an Förmlichkeiten gebunden sein, letztere nicht. Daher versagt auch Römer bloß für den Fall, daß nach dem Gesetz ausdrücklich auch die Veräußerung von dem Nichtigkeitsgrunde mitbetroffen wird, der Tradition die Wirkung des Eigenthumsüberganges. Vgl. auch Note 34 unten. Daß aber die Tradition der Liegenschaft unter Einhaltung besonderer Formen, — insbesondere etwa unter Aufnahme eines den Vorschriften in Art. 2 des Liegenschaftsgesetzes entsprechenden schriftlichen Protokolles über den Akt der Tradition — vorgenommen werden müsse, steht nirgends geschrieben und so paßt jenes Zitat aus Wächters Vorlesungen nicht hieher.

[28] Es wurde schon im Texte oben gezeigt, daß der Art. 1 nicht eigentlich die Hofmetzger treffen sollte. Man wußte, daß diese ihre Käufe von jeher von selbst und in ihrem eigensten Interesse (um sich den Beweis zu sichern) schriftlich gemacht hatten. S. Kammerverhdl. a. a. O. S. 4365. (Huck). — Soweit aber der Art. 1

Richtigkeit die Form der Schriftlichkeit vor, wie schon aus den Motiven und aus dem Eingang des Gesetzes hervorgehe. Wäre aber die Folge der Richtigkeit bloß die Nichtklagbarkeit des Vertrages, bezw. nach dessen faktischer Vollziehung die Gestattung der persönlichen Kondikton,[29] so wäre gerade die Hauptwirkung, die der giltige Vertrag herbeiführen soll, nämlich die, den Eigenthumsübergang zu vermitteln, trotz der im öffentlichen Interesse eintretenden Ungiltigkeit des Vertrages beibehalten, und es könnte ein Käufer dadurch, daß er zugleich bei Abschluß des bloß mündlichen Kaufvertrages sich durch ein constitutum possessorium oder sonst wie in den Besitz des Kaufobjektes setzen ließe und sofort letzteres an einen Dritten weiter

---

die Hofmetzger trifft, paßt die im Text oben nachfolgende Argumentation nur, -- siehe Note 30 — sofern man Güter unter 10 Morgen Höfe und deren Käufer Hofmetzger nennen kann. Daß das Gesetz unter Hofmetzgerei die in Art. 11 vorgesehenen größeren Käufe verstand, zeigt die Geschichte der Entstehung dieses Artikels.

Das einzige öffentliche Interesse, welches bei Art. 1 mitunterlief, ist die Abschneidung von Prozessen (s. Motive zu Art. 1. Beil. Band 1851/53. Abth. 2. S. 800). Dieses Interesse wäre schon bei bloßer Nichtklagbarkeit eines unförmlichen Vertrages gewahrt gewesen. Indem das Gesetz weiter ging und durch Festsetzung der Nichtigkeit den Kontrahenten ermöglichte, auch den vollzogenen Kauf, insolange nur das Kaufsobjekt noch im Besitze des Käufers war, aufzuheben, wollte es daher bloß das Interesse der Kontrahenten (gegen Uebereilungen) vertreten und trifft somit im Gegentheil das Zitat von Wächter § 102 Note 3 (S. 744) hier zu, wonach in derartigen Fällen aus der Nichtigkeit des Vertrages nicht auch die Nichtigkeit der hierauf gefolgten Tradition ohne Weiteres angenommen werden kann.

[29] Gesetzt selbst, der Gesetzgeber hätte die Nichtigkeit auch der erfolgten Tradition statuiren wollen, so ist diese Nichtigkeit nun einmal im Gesetze nicht ausgesprochen. Im Uebrigen ist das im Texte nachfolgende Raisonnement gestützt auf die Voraussetzung, daß nur so der in Art. 1 verfolgte öffentliche Zweck gewahrt werde, eine Voraussetzung, welche nach dem in der vorigen Note Bemerkten irrig ist.

veräußerte,[30] beziehungsweise dinglich belastete,[31] den Verkäufer, dem eine Vindikation versagt ist, um jegliche reale Sicherheit bringen, und so den bezeichneten Zweck des Gesetzes vollständig vereiteln.

Dafür, daß das Gesetz auch den Eigenthumsübergang habe hindern wollen, liege aber auch ein positiver Anhaltspunkt in den Kammerverhandlungen. Denn der Antrag des Abgeordneten Fetzer, als Folge der ermangelnden Schriftlichkeit nicht die Nichtigkeit des Vertrages, sondern bloß die Versagung der Klagbarkeit desselben festzusetzen, welcher Antrag ausdrücklich damit motivirt worden sei, daß ja sonst, wenn der Vertrag auch schon vollzogen sei, der Kaufsgegenstand aus der dritten und vierten Hand von dem Verkäufer ohne alle und jede materielle Berechtigung an sich gezogen werden könnte, sei nach vorhergängiger Erwiderung des Justizministers, daß dieser Antrag das Prinzip des Gesetzes vollständig umstoßen würde, abgelehnt und damit deutlich zu erkennen gegeben worden, daß im Falle der mangelnden Form der Verkäufer die übergebene Sache sowohl von dem Käufer, als von dessen Rechtsnachfolgern, beziehungsweise dritten Besitzern mit der Eigenthumsklage solle herausverlangen dürfen.

---

[30] Paßt jedenfalls auf den Hofmetzger (Note 28 oben) nicht, welcher ja nach Art. 11 die erkaufte Liegenschaft vor Ablauf von drei Jahren nicht weiter veräußern kann. Innerhalb dieser Zeit wird aber der erste Verkäufer wohl Frist genug gehabt haben, um seine Uebereilung gut zu machen und die veräußerte, insolange im Eigenthum des Käufers, verbleibende Sache mittelst der ihm zustehenden Kondiktion wieder an sich zu ziehen.

[31] Auch mit einer dinglichen Belastung hat es nach den bei uns über Entstehung von Realdienstbarkeiten und Bestellung von Unterpfändern bestehenden Vorschriften keine Gefahr, da der neue Eigenthümer vor Allem erst als solcher in den öffentlichen Büchern eingetragen sein muß, ehe das erforderliche Erkenntniß des Gemeinderathes, beziehungsweise der Unterpfandsbehörde ertheilt werden wird. Nur die Gefahr ist vorhanden, daß nach Umständen der zu spät kondizirende Verkäufer eine von dem Käufer inzwischen bestellte Personalservitut an der Sache gegen sich gelten lassen muß.

Endlich sei auch von dem Obertribunal durch die Entscheidung vom 12. Oktober 1858[33] das Verbleiben der übergebenen Kaufsobjekte im Vermögen und Eigenthum des Verkäufers als Folge des nichtigen Vertrages ausgesprochen worden, und es liege diese Rechtsanschauung auch offenbar den im württ. Archiv Bd. VI. S. 179 und Bd. XI. S. 165 mitgetheilten Entscheidungen der genannten Gerichtsstelle stillschweigend zu Grunde. Es könne daher die entgegengesetzte Ansicht Römers nicht gebilligt werden.[33] —

---

[32] Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. IV. S. 326.

[33] Wohl nur die Autorität, welche die Praxis den oberstrichterlichen Entscheidungen mit Recht beilegt, vermochte der Ansicht Eingang zu verschaffen, daß durch die Tradition eines Grundstückes auf Grund eines wegen Nichtbeobachtung der Förmlichkeiten der Art. 1 und 2 des Liegenschaftsgesetzes nichtigen Kaufvertrages das Eigenthum an dem Grundstücke auf den Käufer nicht übergehe. Nach dem zuvor Ausgeführten erscheint es jedoch fraglich, ob bei dem Obertribunal wirklich diese Ansicht bestehe. In dem im württ. Archiv Bd. XI. S. 165 mitgetheilten Falle ergibt sich zwar aus der Klagebegründung, daß die Eigenthumsklage erhoben ist; diese wurde aber abgewiesen, und zwar, weil die Förmlichkeiten des Art. 1 und 2 des Liegenschaftsgesetzes nicht als verletzt angenommen wurden. Ob das Obertribunal die Klage abgesehen hievon als begründet, insbesondere, da eine technische Bezeichnung der Klage nicht erforderlich ist, als Rei-Vindikation oder nur als Kondiktion für begründet erkannt hätte, ist nicht gesagt. — In dem andern Falle (Bd. VI. S. 179) ist selbstverständlich ein normaler Gang der Sache vorgezeichnet. Bei der Frage, in welcher Weise die Veräußerung eines Vermögenskomplexes, unter welchem sich Immobilien befinden, Angesichts der Bestimmungen des Liegenschaftsgesetzes vorzunehmen ist, wird nämlich, nachdem festgestellt ist, — und das ist der Kern der Entscheidung — daß das Liegenschaftsgesetz hier gleichfalls Anwendung finde, Jeder sagen, daß hienach bezüglich der Immobilien ein den Förmlichkeiten des Liegenschaftsgesetzes entsprechender besonderer Kaufvertrag erforderlich sei. Daß aber eine ohne solchen vorgenommene Tradition der einzelnen Immobilien das Eigenthum nicht übertrage, ist dort nicht ausgesprochen. Aus dem Satze, „der Uebergang des ganzen Vermögens könne nur durch Uebertragung des einzelnen im Vermögen Enthaltenen, durch Traditionen und Cessionen be-

Auf die blose Nichtbilligung einer Ansicht, welche nach Inhalt ihrer Begründung lediglich durch den Nachweis des von ihr in Abrede gestellten Veräußerungsverbotes, welches die Gesetzgebung mit der in Art. 1. des Liegenschaftsgesetzes gedrohten Nichtigkeit verbunden haben müßte, bezw. durch den Nachweis, daß schon nach gemeinem Rechte die Nichtigkeit eines Vertrages auch die Nichtigkeit der nachgefolgten Tradition ohne Weiteres, d. h. ohne besondere dießfallsige gesetzliche Bestimmung zur Folge habe, entkräftet werden könnte, kann es nun aber hier offenbar nicht ankommen. Eine problematische Konklusion wie die aus dem Geschicke des Fetzer'schen Antrages abzuleitende, würde, selbst wenn aus den Kammerverhandlungen für die gegentheilige Ansicht sich Nichts anführen ließe, nicht hinreichen, um ersteren Nachweis, welcher, wie schon oben bemerkt, strenge genommen werden muß, zu erbringen. Nicht befriedigender ist der Versuch, entgegen dem (von Wächter und Römer) ausgesprochenen Standpunkte des gemeinen Rechtes, schon aus dem Nichtigkeitsgrunde, d. h.

wirkt werden," weßhalb auch bezüglich der einzelnen Immobilien förmliche Kaufverträge nach Maßgabe der Art. 1 und 2 des Liegenschaftsgesetzes erforderlich seien, geht das nicht nothwendig hervor. Denn soll der Empfänger gegen Kondizirung der tradirten Objekte gesichert sein, so muß der Tradition eine justa causa, also ein giltiger Vertrag zu Grunde liegen. —

(Wie es sich in Wirklichkeit mit der Ansicht des Obertribunals verhält, ist oben in Note 1 dargelegt. Die neueste Entscheidung stimmt mit der Ansicht des Herrn Verfassers des obigen Aufsatzes überein und wenn auch die entgegengesetzte Ansicht später wieder einzelne Vertreter gefunden hat, so ist dieselbe doch immer wieder, und gewiß mit gutem Grunde, bekämpft worden und nicht zur Geltung gekommen. Es müßte auch zu den größten Unzuträglichkeiten führen, wenn in Fällen der fraglichen Art eine Vindikation der in dritter und vierter Hand befindlichen Liegenschaft nach Jahren noch zuzulassen wäre, und man wird allen Grund haben, der mit der Entscheidung des Obertribunals vom 9. Februar 1870 übereinstimmenden Ansicht des Herrn Verfassers des obigen Aufsatzes sich anzuschließen. K.)

aus dem angeblichen öffentlichen Interesse, welches durch den Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes gewahrt werden solle, die Wirkungslosigkeit der Tradition als eine Konsequenz abzuleiten, welche nun einmal der Gesetzgeber nicht gezogen, bezw. nicht gewollt hat. (Vgl. Note 28—30). Der einzige Zweifel, der sich vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus gegen die Wirkung der Tradition auf Grund eines in nichtiger Weise abgeschlossenen Kauf- oder Tauschvertrages bezüglich des Ueberganges des Eigenthums an dem Vertragsobjekt auf den Empfänger im einzelnen Falle erheben lassen dürfte, ist der, ob das Eigenthum auch dann übergehe, wenn die Nichtigkeit des Vertrages dem Empfänger bekannt war, eine Frage, welche jedoch zu bejahen sein wird, da das Bewußtsein jener Nichtigkeit mit dem Willen, Eigenthum hinzugeben und bezw. zu erwerben, ganz wohl vereinbar, ja nach Umständen letzteren zu ergänzen geeignet ist.[34]

[34] Vgl. auch Martin, Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchkoll. der Univ. Heidelberg, Bd. I, S. 301 ff.; Gesterding, Irrthümer S. 55 ff.; und die bei Glück, Komm. Bd. IV, S. 137 ff. in Note 60 Angef. — Im Falle der Tradition auf Grund eines wegen Irrthums über die Identität des Vertragsobjektes nichtigen Geschäftes ergreift der Nichtigkeitsgrund seinem Wesen nach, auch den Akt der Uebergabe, da ja der eine Theil etwas Anderes zu Eigenthum hingibt, als der andere empfangen will, bezw. zu empfangen glaubt, man also sagen kann, es fehle an der Uebereinstimmung in dem animus dominium transferendi einer- und acquirendi andererseits. S. Vangerow, Leitfaden § 604, Z. I, 2. (Immerhin ist aber auch hier durch besonderen Ausspruch des Gesetzes diese Wirkungslosigkeit der Tradition festgesetzt, ein weiterer Beleg, daß letztere aus der Nichtigkeit, bezw. dem Nichtigkeitsgrunde des unterliegenden Geschäftes allein noch nicht gefolgert werden kann.) Ist nun der Empfänger im Bewußtsein bei der Empfangnahme, daß der Tradent ihm etwas Anderes übergibt, als worüber sie seiner Ansicht nach kontrahirt haben, nimmt es aber gleichwohl in der Absicht, das Eigenthum hievon zu erwerben, an, so geht letzteres auch auf ihn über, da hienach entweder eine Genehmigung des Surrogates oder ein dolus vorliegt, welcher den Eigenthumsübergang keineswegs hindert.

# Sind die in Art. 301 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches erwähnten Verpflichtungsscheine auch dann giltig, wenn sie nicht an Ordre lauten?

Von Herrn Rechtsanwalt Lebrecht in Ulm.

Der erste Absatz des Art. 301 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches lautet folgendermaßen:

„Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapieren ausgestellt sind, ohne daß darin die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Ordre lauten."

Aus dem Wortlaute dieser Bestimmung folgt mehr nicht, als die Indossirbarkeit der in dem Artikel beschriebenen Anweisungen und Verpflichtungsscheine, und zwar nur für den Fall, wenn sie an Ordre lauten. Namentlich ertheilt der Absatz nach seinem Wortlaute keine Antwort auf die Frage: welchen juristischen Werth solche Anweisungen und Verpflichtungsscheine überhaupt, abgesehen von ihrer Indossirbarkeit, besitzen. Am allerwenigsten ist der allgemeine Satz ausgesprochen, daß die erwähnten Urkunden, insbesondere die zweite Kategorie, die abstrakten Verpflichtungsscheine, rechtlich giltig seien, auch wenn sie nicht an Ordre lauten.

Ist aber die Anerkennung dieses allgemeinen Satzes vielleicht aus dem Zusammenhange des Absatzes 1 unsers Art. 301 mit sonstigen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Anweisungen und Verpflichtungsscheine zu entnehmen? — Diese Frage ist von dem Reichsoberhandelsgerichte in einem Urtheil vom 2. Okt. 1872 und wiederholt in einem Urtheile vom 25. Januar 1873

in bejahender Weise beantwortet worden.[1] Es ist der Zweck nachstehender Zeilen, unsere Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Ansicht auszusprechen.

Die Bedeutung der vom Reichsoberhandelsgericht aufgestellten Thesis für die Wissenschaft und die Praxis ist einleuchtend. Die wichtige Kontroverse des gemeinen Civilrechtes über die Frage, inwieweit dem Ausdrucke eines Verpflichtungswillens als solchen, ohne Rücksicht auf die unterliegende causa, rechtsverbindliche Kraft beizulegen sei, wäre auf einem weitern Gebiete des Handelsrechtes beseitigt.

Was nun zunächst die Anweisungen betrifft, so erleidet es in der That keinen Zweifel, daß die Annahme derselben durch Art. 300 und 301 in umfassender Weise als rechtsverbindlich sanktionirt worden-ist, obgleich wir Anstand nehmen, dieß Anerkenntniß auszudehnen auch auf solche Fälle, welche nicht unter den Wortlaut der ebengenannten Artikel fallen.

Ferner ist zuzugeben, daß die Rechtsgiltigkeit der abstrakten Verpflichtungsscheine vom Handelsgesetzbuche wenigstens nicht verneint worden ist. Was aber nicht anerkannt werden kann, das ist die Behauptung, daß das Handelsgesetzbuch die cautiones indiscretae ganz allgemein als verbindlich positiv anerkannt habe.

Die Entscheidungsgründe des Urtheils vom 2. Oktober 1872 führen aus:

In Art. 300 des Handelsgesetzbuches sei anerkannt, daß ein Kaufmann, welcher eine auf ihn ausgestellte Anweisung, gleichviel ob der Aussteller gleichfalls Kaufmann ist oder nicht, angenommen habe, unbedingt zur Erfüllung verpflichtet sei und daß diese Annahme als Zahlungsversprechen gelte, wenn sie auf eine Anweisungsurkunde geschrieben sei. Somit hafte der Acceptant in dem ebenerwähnten Falle lediglich auf Grund seiner Wil-

[1] Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. VII, S. 204.

lenserklärung, auch dann, wenn er nichts verschulde. Er hafte, obgleich weder die Anweisung noch sein Zahlungsversprechen an Ordre lauten „gleichwie aus einem Verpflichtungsscheine, der weder die Angabe des Verpflichtungsgrundes noch ein Empfangsbekenntniß enthalte."

Im Anschlusse an Art. 300 behandle der Art. 301 eine besondere Art von Anweisungen und Verpflichtungsscheinen, nämlich diejenigen, „welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder eine Quantität vertretbarer Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht sei." Durch die mit dieser Begriffsbestimmung verbundene Vorschrift, daß diese Urkunden durch Indossament übertragen werden können, wenn sie an Ordre lauten, könne daher nur eine für die Anwendung der folgenden Vorschriften (Abs. 2 und 3, Art. 301, Art. 303 und 305) maßgebende Unterscheidung bezweckt sein, durch welche keinesfalls die nicht an Ordre lautenden Verpflichtungsscheine von der Disposition des Abs. 2, Art. 301 lautend:

„Zur Giltigkeit der Urkunde oder des Indossamentes ist nicht erforderlich, daß sie die Angabe des Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekenntniß der Valuta enthalte" ausgeschlossen seien.

Letzteres haben wir bereits zugegeben.

Es ist nämlich vollkommen richtig, daß die Charakterisirung der in dem ersten Absatze beschriebenen Urkunden, insbesondere die Angabe des Merkmals „wenn sie an Ordre lauten", lediglich den Zweck hat, die Indossabilität der bezeichneten Urkunden festzustellen. Hieraus folgt, daß diese Urkunden, wenn sie nicht an Ordre lauten, nicht indossabel sind, nicht aber, daß sie auch in andern Beziehungen ohne rechtliche Wirksamkeit seien. Hiemit ist anerkannt, daß aus Art. 301 die Ungiltigkeit jener Rektapapiere nicht abgeleitet werden kann. Allein ebensowenig folgt aus dem ersten Absatze des Art. 300, daß die in demselben bezeichneten Papiere, wenn sie nicht an Ordre lauten, giltig seien.

Unrichtig erscheint uns ferner die Anschauung, als ob die in Art. 301 beschriebenen Urkunden lediglich eine „besondere Art" der in Art. 300 beschriebenen Urkunden wären, als ob somit jene zu diesen im Verhältniß einer species zum genus ständen.

Durch die Aufstellung eines solchen Verhältnisses scheint wohl bewiesen werden zu wollen, daß, weil die in Art. 300 bezeichneten Urkunden auch in der Form von Rektapapieren als giltig anerkannt werden, gleichermaßen die in Art. 301 beschriebenen Papiere als rechtswirksam zu betrachten seien, auch wenn sie nicht an Ordre gestellt sind.

Hiegegen ist aber vor Allem zu bemerken, daß der Art. 300 nur von Anweisungen, der Art. 301 dagegen von Anweisungen und Verpflichtungsscheinen spricht. Zwar mag hierauf im Geiste der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes replizirt werden, daß der Art. 300 nur Bestimmungen über angenommene Anweisungen ertheilt, welche in Wahrheit eben nichts als Verpflichtungsscheine seien. Allein immerhin ist das doch nur eine Kategorie der Verpflichtungsscheine und da der Art. 301 auch andere Kategorien solcher Scheine umfaßt, so könnte man gerade umgekehrt sagen: die Urkunden des Art. 300 seien ihrerseits nur eine „besondere Art" der Urkunden des Art. 301. In einer andern Beziehung stehen die Urkunden der beiden Artikel in koordinirtem Verhältnisse zu einander: Der Art. 300 spricht von Urkunden, die ein Kaufmann acceptirt, gleichviel, wer sie ausgestellt hat, ob ein Kaufmann oder ein Nichtkaufmann. Umgekehrt faßt der Art. 301 solche Urkunden in's Auge, welche von Kaufleuten ausgestellt sind, gleichgiltig, ob derjenige, welcher sie annimmt, (Art. 301 Abs. 3) ein Kaufmann ist oder nicht. — Immerhin mag jedoch anerkannt werden, daß in andern Beziehungen der Begriff der Urkunde des Art. 300 ein allgemeinerer als der Begriff der Urkunden des Art. 301 ist. So z. B. bezieht sich der letztere Artikel nur auf cautiones indiscretae, während der erstere sich sowohl auf diese als auch

auf cautiones discretae bezieht. Allein hiemit sind beiderlei Urkunden noch nicht in das Verhältniß von genus zu species gestellt. Dieses Verhältniß würde voraussetzen, daß der Eine Begriff alle Merkmale des andern und nur neben diesen gemeinsamen Merkmalen noch besondere in sich faßt. Dieß trifft aber, wie wir eben auseinandersetzten, hier nicht zu.

Sind sonach die Urkunden des Art. 301 keine „besondern Arten" der Urkunden des Art. 300, so ist auch die aus diesem angeblichen Verhältnisse gezogene Schlußfolgerung hinfällig.

Wie es übrigens scheint, soll die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichtes schon in Art. 300 des Handelsgesetzbuches für sich allein, also abgesehen von seinem Verhältnisse zu dem nächstfolgenden Artikel ihre Rechtfertigung finden, insofern in jenem Artikel die Seitens eines Kaufmannes erfolgte Annahme aller Anweisungen, also auch solcher, in welchen eine causa debendi nicht bezeichnet ist, für rechtswirksam erklärt wird.

Allein hieraus folgt nicht weiter, als daß hinsichtlich solcher Anweisungen die Theorie der Giltigkeit abstrakter Verpflichtungen anerkannt worden ist und auch dieß nur für den Fall, wenn Acceptant ein Kaufmann ist. Schon aus dieser Beschränkung ergibt sich mit aller Deutlichkeit, daß nicht das Prinzip selbst, in seiner Allgemeinheit, sanktionirt werden wollte.

Aehnlich hat schon vor Einführung des Handelsgesetzbuches in Theorie und Praxis, sowie in manchen Partikulargesetzgebungen (kaufmännische Anweisungen) die Anschauung, daß das Accept einer Anweisung ohne Weiteres giltig sei, vielfache Anerkennung sich verschafft, ohne daß die Giltigkeit der abstrakten Zahlungsversprechen im Allgemeinen anerkannt worden wäre.

In ähnlicher Weise ist in den meisten deutschen Wechselordnungen aus früherer Zeit die Giltigkeit der Wechselversprechen der Kaufleute anerkannt worden, ohne daß

hiemit die Wechsel von Nichtkaufleuten oder gar alle sonstige „Summenversprechen" sanktionirt worden sind.

Aus dem Gesagten folgt weiter, daß die hier vertheidigte Ansicht die Bestimmung in Art. 300 in keiner Weise in Konflikt setzt mit der Bestimmung des Art. 301, Abs. 2. Es ist sonach nicht einzusehen, daß unsere Auslegung „zu einer Inkonsequenz, welche dem Gesetzgeber nicht ohne unbedingt zwingende Gründe zugetraut werden kann," führen sollte. Wohl ist es richtig, daß nach Art. 300 nicht bloß die Annahme von an Ordre gestellten, sondern auch die Annahme von nicht an Ordre gestellten Anweisungen als rechtswirksam anerkannt wird. Allein diese Anerkennung ist, wie bereits oben hervorgehoben worden, nur erfolgt für den Fall, daß der Acceptant ein Kaufmann ist. Ist der Acceptant kein Kaufmann, so ist der Art. 300 nicht anwendbar, auch dann nicht, wenn die Anweisung von Kaufleuten ausgestellt ist. Wenn nun der Art. 301, Abs. 3 die Annahme derjenigen Anweisungen, welche die causa debendi nicht bezeichnen, ganz allgemein für rechtsverbindlich erklärt, sowohl für Kaufleute als für Nichtkaufleute, wenn dieß aber geschieht unter der Bedingung, daß die Anweisung an Ordre gestellt ist, so kann hierin ein Widerspruch mit Art. 300 nicht gefunden werden. Vielmehr ersieht man aus diesen verschiedenen Einschränkungen der Giltigkeit des Summenversprechens, daß das Gesetzbuch dasselbe nicht ganz allgemein anerkannt wissen wollte, sondern nur in denjenigen einzelnen Fällen, für welche ein lebhaftes praktisches Bedürfniß sich kundgegeben hat.

Als das wichtigste Argument für die Auffassung des Reichsgerichtes, durch welches „jeder Zweifel an der Richtigkeit derselben seine Erledigung findet" wird aber geltend gemacht, „daß der Gesetzgeber bei den fraglichen Bestimmungen über Anweisungen beziehentlich deren Acceptation und über Verpflichtungsscheine analoge Vorschriften der Wechselordnung vor Augen gehabt, also eine gewisse Gleichstellung der kaufmännischen Anweisung mit der Tratte und des kaufmänni-

schen Verpflichtungsscheines mit dem eigenen Wechsel beabsichtigt habe. In Ansehung der Indossabilität bestehe der Unterschied darin, daß dergleichen Anweisungen und Verpflichtungsscheine an Ordre gestellt sein müssen, um indossirfähig zu sein, während diese Fähigkeit dem Wechsel nur dann fehle, wenn er „nicht an Ordre" laute. Daher sei anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er bei erstgedachten Urkunden von der Klausel „an Ordre" noch andere Eigenthümlichkeiten hätte abhängig machen wollen, dieß klar ausgesprochen haben würde."

In der That dürfte jedoch gerade diesem Argument für die gegnerische Ansicht der geringste Werth beizulegen sein. Es scheitert an der Erwägung, daß die Art. 301 bis 305 des Handelsgesetzbuches nach ihrem ganz unzweideutigen Wortlaute keine umfassende Normen über Anweisungen und Verpflichtungsscheine feststellen wollten, daß sie vielmehr nur die Bedingungen und Wirkungen des Indossaments derselben bezeichneten und daß sie ebendeßhalb nur diejenigen Bestimmungen der Wechselordnung analog anwendeten, welche sich auf das Indossament beziehen.

Aus demselben Grunde wird die Stichhaltigkeit der folgenden Beweisführung nicht anerkannt werden können, welche dahin geht:

„Auch in Art. 302 sei gesagt, daß die in demselben bezeichneten Handelspapiere, auf welche das Requisit des Art. 301, betreffend den Gegenstand und die Unabhängigkeit von einer Gegenleistung, nicht passe, „durch Indossament übertragen werden können, wenn sie an Ordre lauten." In Bezug auf diese Papiere könne aber unmöglich bezweifelt werden, daß durch ihre Ausstellung „an Ordre" lediglich ihre Indossabilität bedingt sei. Die nachfolgenden Art. 303—305 beziehen sich sowohl auf die Papiere des Art. 302 als auch auf die des Art. 301."

„Der Schwerpunkt der Unterscheidung in der fraglichen Beziehung könne daher nur darin gefunden werden, daß diese Wirkung bloß jenes, in der Begriffsbestimmung

ausgesprochene Requisit bei den Anweisungen und Verpflichtungsscheinen zur Voraussetzung habe. Wenn es daher in Art. 301 heiße: „Die Giltigkeit der Urkunde oder des Indossaments ꝛc.“, so müsse dieß dahin verstanden werden, daß sowohl die, das mehrerwähnte Requisit enthaltende Urkunde selbst als auch das, wenn sie an Ordre laute, ihr beigefügte Indossament an sich zur Giltigkeit „einer Angabe des Verpflichtungsgrundes und des Valutenempfängnisses nicht bedürfe.“

In dieser Auseinandersetzung sind die Vordersätze richtig; aber der Schluß wird zu beanstanden sein. Richtig ist, daß gemäß Art. 301 und 302 des Handelsgesetzbuches die Beifügung der Worte „an Ordre“ nicht jede Urkunde zu einer indossirfähigen macht, sondern nur einerseits die Urkunde des Art. 302 (Konnossemente, Ladescheine, Warrants), andererseits die in Art. 301 angeführten cautiones indiscretae. Allein immerhin sind die letzteren wie die ersteren nur in dem Falle für indossabel erklärt, wenn sie an Ordre lauten. Lauten sie nicht an Ordre, so fallen sie überhaupt nicht unter die Bestimmungen der Art. 301 und 302. Was endlich den Abs. 2 des Art. 301 betrifft, so muß man ihn zusammen mit dem ersten Absatz lesen; dieser handelt lediglich von an Ordre gestellten cautiones indiscretae; derartige Ordrepapiere sollen indossabel sein. Wenn nun unmittelbar hierauf in Absatz 2 gesagt wird, es sei zur Giltigkeit der Urkunde oder des Indossaments nicht erforderlich, daß sie die Angabe des Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekenntniß der Valuta enthalten, so kann diese Bestimmung schlechthin nur auf Ordrepapiere bezogen werden und sogar auf diese nur mit Rücksicht auf die Frage, ob sie indossirfähig sind.

Im bisherigen wurde zu beweisen gesucht, daß auf das Handelsgesetzbuch selbst, insbesondere auf den Inhalt und Zusammenhang der Art. 300—305 sich eher gegen als für die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichtes berufen werden kann.

Als entscheidend zu Gunsten der von uns vertretenen Anschauung wird aber die Entstehungsgeschichte der erwähnten Gesetzesartikel zu erachten sein.

Der preußische Entwurf, welchem die Berathung des deutschen Handelsgesetzbuches zu Grunde lag, enthielt gar keine Bestimmungen weder über Anweisungen noch über Verpflichtungsscheine. Vielmehr traf er (in Art. 229) Vorschriften über „öffentliche Kreditpapiere" und (in Art. 230) über Konnossamente, Frachtbriefe und Ladescheine. Der hauptsächliche Inhalt dieser beiden Artikel bestand in der Feststellung von Normen über die Uebertragung solcher Papiere. Insbesondere sollte darin Indossabilität gesetzlich anerkannt werden.

Der sich an die beiden Artikel anschließende Art. 231 war sogar lediglich der Indossirung der in Art. 229 und 230 bezeichneten Papiere gewidmet. Eine einzige Bestimmung des Entwurfes bezog sich auf die rechtliche Natur der Urkunde an sich, abgesehen von ihrer Indossirbarkeit (Art. 229, Abs. 1 „Oeffentliche Kreditpapiere haben die Eigenschaft der Waaren").

Aber gerade diese Vorschrift wurde bei der ersten Lesung sofort gestrichen[2] und es drehte sich im Uebrigen die sehr interessante Debatte wesentlich um die Fragen: welche Papiere als indossirbar erklärt werden sollen und welche Wirkungen dem Indossament derselben beizulegen seien.

Auch wurde schon bei der ersten Berathung mehrfach beantragt, daß die Indossabilität wenigstens der Mehrzahl der im Entwurfe bezeichneten Papiere davon abhängig gemacht werden sollte, daß dieselben an Ordre lauten, ohne daß es jedoch zu einer materiellen Beschlußfassung über die betreffenden Anträge gekommen wäre.

Bei einer zweiten Berathung[3] wurde beantragt, auch Anweisungen und Verpflichtungsscheine für durch Indossa-

[2] Nürnberger Protokolle S. 483.

[3] Nürnberger Protokolle S. 554 ff.

ment übertragbar zu erklären, wenn sie an Ordre lauten, indem der Antragsteller bemerkte, daß er nur solche Urkunden im Auge habe, welche bloß einseitige Verpflichtungen enthalten. Nach einer sehr eingehenden Debatte wurde der Antrag in seinen wesentlichen Theilen angenommen. Insbesondere wurde mit 13 gegen 2 Stimmen beschlossen, „die Bestimmungen über die Indossirbarkeit auf einseitige Urkunden zu beschränken" und mit Stimmeneinhelligkeit wurde „die Indossabilität auf die an Ordre ausgestellten Anweisungen und Verpflichtungsscheine beschränkt."

In dem auf Grund der ersten Lesung des preußischen Entwurfes von der Redaktionskommission vorgelegten neuen Entwurfe (Entwurf erster Lesung) sind die Art. 255—258 an Stelle der vorhin erwähnten Bestimmungen des preußischen Entwurfes getreten.

Der Art. 255 lautet wörtlich:

„durch Indossament können übertragen werden:

1. Staatspapiere, Aktien ꝛc., welche auf Namen lauten.

2. Anweisungen und Verpflichtungsscheine von Kaufleuten über einseitige Leistungen, sofern sie an die Ordre des Berechtigten gestellt sind.

3. Konnossemente der Seeschiffer und Ladescheine der Frachtführer, sofern nicht in demselben die Uebertragung durch Indossament ausgeschlossen ist.

Die folgenden Artikel enthalten lediglich Bestimmungen über Form und Wirkungen des Indossamentes.

Aus dieser Fassung des Entwurfes ist zweierlei ersichtlich, erstens, daß die hieher gehörigen Bestimmungen desselben lediglich die Indossirbarkeit der bezeichneten Urkunden normiren, zweitens, daß sie nur die an Ordre gestellten Anweisungen und Verpflichtungsscheine im Auge haben.

Bei der am 1. Februar 1858 erfolgten Berathung des Entwurfes erster Lesung[4] wurde zunächst auf Antrag des Referenten beschlossen, die Ziffer 1 des Art. 255 ganz

[4] Nürnberger Protokolle S. 1325 ff., S. 1414 ff.

zu streichen. Ferner beantragte der Referent die Einfügung eines neuen Artikels 254a lautend:

„Wer eine auf ihn ausgestellte Anweisung angenommen hat, ist Demjenigen, zu dessen Gunsten sie ausgestellt ist, zur Erfüllung verpflichtet."

Im Uebrigen wollte er es im Wesentlichen bei dem Entwurfe erster Lesung belassen. Zur Begründung seiner Anträge führte Referent aus:

„Die Aufnahme eines Satzes über die verbindliche Wirkung der Annahme jeder Art von Anweisung erscheine wegen der häufig darüber erhobenen Kontroverse von Wichtigkeit und dürfte wohl um so weniger bedenklich erscheinen, da derselbe auch für das bürgerliche Recht anzuerkennen und in verschiedenen Gesetzgebungen, z. B. dem Preuß. Landrecht begründet sei." Durch die Bestimmungen des Art. 255 über gewisse Ordrepapiere werde, „nur dem nächsten allgemeinen Bedürfniß Genüge zu leisten versucht. . . Es sei lediglich ein Verhältniß gesetzlich sanktionirt und geregelt, welches allgemein für zuläßig erachtet und in Uebung sei: Die Uebertragung solcher Verpflichtungen ohne die Form der Cession und Denunziation an den Schuldner. Dabei sei über die Grenze des Bedürfnisses und der durchgängig anerkannten Gewohnheit nicht hinausgegangen, daher die Beschränkung auf Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten ausgestellt sind und welche einseitige Leistungen von Geld oder vertretbaren Sachen zum Gegenstand haben, daher ferner die Berücksichtigung der Grundsätze des gemeinen Rechtes über die cautio indiscreta, so lange der Verpflichtungsschein in der Hand des ersten Inhabers sei, also zu dem Zwecke des Ordrepapieres nicht gedient habe."

Gegen den beantragten Art. 254a wurde eingewendet, er gehe zu weit, „es werde dadurch dem absoluten Zahlungsversprechen eine Sanktion gegeben, welche von den bedenklichsten Folgen sei." Die Annahme des Artikels würde

bedeuten, „daß man die bisher bloß dem Wechsel beigelegte Giltigkeit auch andern Arten von rein formalen Versprechen, jeder acceptirten Anweisung beimesse." Dieß erscheine als sehr gefährlich; deßhalb werde vorgeschlagen, den Art. 254 a wenigstens zu beschränken, nämlich auf die von Kaufleuten acceptirten Anweisungen.

Mit dieser Beschränkung wurde der vom Referenten beantragte Art. 254 a zum Beschluß erhoben und ist er unter gewissen für unsere Frage unerheblichen Modifikationen in das Gesetz übergegangen. (Art. 300.)

An Stelle des Art. 255 des Entwurfes erster Lesung proponirte der Referent folgende Fassung:

(Absatz 1.) „Anweisungen und Verpflichtungsscheine von Kaufleuten über einseitige Leistungen von Geld oder vertretbaren Sachen können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Ordre des Berechtigten gestellt sind.

(Absatz 2.) „Durch das Indossament werden dem Indossatar alle Rechte aus dem indossirten Papier übertragen.

(Absatz 3.) „Es können demselben Einreden aus der Person des ursprünglich Berechtigten oder eines Indossanten, sowie der Einwand, daß die Angabe eines Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekenntniß der Valuta mangle, nicht entgegengesetzt werden."

(Absatz 4 und 5 sind für vorliegende Streitfrage ohne Belang.)

Die Absätze 1 und 2 wurden mit gewissen Fassungsverbesserungen angenommen.

Zu Absatz 3 wurde ein Amendement gestellt und folgendermaßen begründet.

„Wenn die Verpflichtungsscheine, unter welchen man sich in erster Lesung absolute Versprechen ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes gedacht habe, nicht auf solange, als sie in der Hand des ersten Angewiesenen sich befänden, wenigstens im Gebiete des gemeinen Rechtes alle Bedeu-

tung verlieren sollten, um erst mit dem Augenblicke des Ueberganges an Ordre zur rechtlichen Existenz aufzuleben, weil dort solche Urkunden als cautiones indiscretae keine Geltung hätten, müsse man den Absatz 3 dahin fassen, daß der Mangel eines Verpflichtungsgrundes auch dem ersten Inhaber gegenüber der Giltigkeit der Willenserklärung keinen Eintrag thue."

Durch die Annahme dieses Amendements wurde nun freilich die Rechtsgiltigkeit der an Ordre gestellten Verpflichtungsscheine an sich, nicht bloß deren Indossabilität anerkannt. Nicht an Ordre gestellte Papiere sind aber hiedurch nicht sanktionirt worden. Dieß erhellt aus dem Zusammenhange des Absatzes 3 mit den beiden ersten Absätzen. Wie diese unzweifelhaft nur von denjenigen Verpflichtungsscheinen sprechen, welche an Ordre lauten, so bezieht sich auch der amendirte Abs. 3 nur auf Ordrepapiere.

Nach Annahme dieses Verbesserungsantrages wurde vom Referenten nachfolgender Zusatz zu Art. 255 vorgeschlagen:

„Wer eine solche Anweisung acceptirt hat, ist dem legitimirten Inhaber derselben zur Erfüllung verpflichtet."

Referent begründete diesen Zusatz mit der Erwägung, daß durch denselben „diese Anweisungen den erforderlichen sichern Kredit erlangen; nur so werde den Kaufleuten das Mittel verschafft, ihre Forderungen gegen Nichtkaufleute aus Handelsgeschäften auf dem Wege der Ordrepapiere zu verwerthen."

Der Antrag wurde angenommen und dabei ausdrücklich anerkannt, „daß durch diesen Zusatz der oben beschlossene Art. 254 a nicht erledigt und somit beizubehalten sei." Dieser Vorgang bietet zunächst einen weitern Beleg dafür, daß jenes Amendement zu Abs. 3 des Art. 255 nach dem Sinne des Antragstellers und der Konferenz sich nur auf Ordrepapiere beziehen sollte. Er beweist aber zugleich, daß dasjenige, was oben über das Verhältniß zwischen Art. 300 und 301 des Gesetzes (= Art. 254 a und 255 der An-

träge des Referenten zu dem Entwurfe erster Lesung) bemerkt worden, dem Sinne der Verfasser des Gesetzes entspricht.

Die Beschlüsse zweiter Lesung betreffs der Anweisungen und Verpflichtungsscheine wurden in dritter Lesung nicht wesentlich verändert. Dagegen erhielt der den Konnossementen 2c. gewidmete Artikel durch die Verhandlungen über das Seerecht eine Veränderung insofern, als die Indossabilität auch dieser Urkunde nur für den Fall anerkannt wurde, daß die Urkunden an Ordre lauten.

Aus vorstehender Darlegung über die Geschichte der Art. 300—305 des Handelsgesetzbuches dürfte deutlich hervorgehen, daß es nicht in der Absicht der Verfasser des Gesetzeswerkes gelegen war, in diesen Artikeln irgend welche allgemeine Bestimmungen über nicht an Ordre gestellte Verpflichtungsscheine zu geben. Es erhellt insbesondere, daß durch den Art. 300 das Prinzip der Giltigkeit der cautiones indiscretae nicht weiter anerkannt werden wollte, als dieß nach dem Wortlaute des Artikels der Fall ist, sonach in der Beschränkung auf Anweisungen, welche von Kaufleuten acceptirt sind, daß gleicherweise durch Art. 301 ff. im Wesentlichen nichts bezweckt wurde, als die Indossirbarkeit gewisser Urkunden festzustellen, daß zwar hievon durch Art. 301 Abs. 3 infolge des oben erwähnten Amendements zu Abs. 3 des vom Referenten proponirten Art. 255 Abs. 3 Eine Ausnahme gemacht worden ist, daß aber im Uebrigen, „die Frage, wie weit solche abstrakte Obligationen und indiskrete Kautionen überhaupt rechtlich zuzulassen seien, hier, wo es sich lediglich um deren Indossabilität handelt" nicht entschieden werden wollte.[5]

[5] Nürnberger Protokolle S. 439 und 440.

# Ueber die Zinspflicht beim Kaufe.

(Von Herrn Kreisrichter Stahl in Rottweil.)

## §. 1. Allgemeine Grundsätze.

I. Nach dem gemeinen, auch in Württemberg geltenden Rechte ist der Käufer zur Verzinsung des Kaufpreises in folgenden Fällen verpflichtet:

1) wenn solche Verzinsung verabredet wurde;

2) in Folge eines Verzuges. Letzterer setzt regelmäßig Mahnung voraus; ist aber ein bestimmter Erfüllungstermin verabredet worden,* so tritt schon mit dem Ablauf des letzteren der Verzug ein[1]; die sonstigen Erfordernisse des Verzuges werden hiedurch nicht berührt;

* In dem Dresdener Entwurfe eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 283 ist der Satz präziser dahin ausgedrückt: „Ist für die Erfüllung der Verbindlichkeit eine nach dem Kalendertag bestimmte oder nach demselben in Folge vorausgegangener Kündigung sich bestimmende Zeit durch Vertrag festgesetzt worden, so kommt der Schuldner mit dem Ablauf dieser Zeit in Verzug, ohne daß es einer Mahnung bedarf." In ähnlicher Weise spricht sich das K. Sächsische bürgerliche Gesetzbuch § 736 und der großh. hessische Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches, Abthl. IV., Buch I, Art. 244 aus, und auch das österreichische allg. bürgerl. Gesetzbuch § 1334, sowie das preußische Landrecht Thl. I, Tit. 16, § 67, setzen einen durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Zahlungstag voraus. Vergl. auch Protokolle der Dresdener Obligationenrechtskommission Bd. I, S. 879, 1669. (K.)

[1] Der Satz: „Dies interpellat pro homine" hat für das gemeine Recht überwiegende Anerkennung gefunden; vergl. insbesondere Mommsen, die Lehre von der Mora § 10 und 11, S. 80 ff. Für Württemberg speziell ist jener Satz augenscheinlich anerkannt in Landrecht Thl. II, Titel 1, § 5, 11, 12; Generalreskript vom 6. Februar 1624, daher auch die württ. Rechtslehrer sich für denselben aussprechen: Reyscher, württ. Privatrecht § 131; Weishaar,

3) kraft besonderer auf Billigkeit beruhender Gesetzesbestimmung ist endlich der Käufer verbunden, von der Zeit der Uebergabe der Kaufsache an, falls ihm nicht kreditirt wurde, Zinsen zu zahlen [2]. Die Römischen Gesetzesstellen erwähnen zwar der Ausnahme des Kreditkaufes nicht oder doch nicht deutlich, und es scheint der gesetzliche Grund der Zinspflicht auch auf den Fall des Kreditkaufes zu passen. Allein da anzunehmen ist, es habe der kreditirende Verkäufer das interusurium auf den Kaufpreis geschlagen, so wird jene Ausnahme von derselben Billigkeit, welche die Regel festsetzte, erheischt; daher auch die Schriftsteller [3] und die Praxis [4] den Rechtssatz also beschränken.

II. Das deutsche Handelsgesetzbuch enthält folgende hieher einschlägige Bestimmungen:

Art. 288: „Wer aus einem Geschäfte, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, eine fällige Forderung hat, kann wegen derselben vom Tage der Mahnung an Zinsen fordern, sofern er nicht nach dem bürgerlichen Rechte

---

württ. Privatrecht § 1023. (In allen neueren Gesetzgebungen und Gesetzgebungsarbeiten ist der Satz anerkannt, vergl. österreichisches allg. bürgerl. Gesetzbuch § 1334; preußisches allg. Landrecht, Thl. I, Tit. 16, § 67; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch § 736; zürcherisches privatrechtl. Gesetzbuch § 958; großh. hessischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches, Abth. IV, Buch 1, Art. 244; bayerischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Thl. II, § 124; Dresdener Entwurf eines allg. deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 283. K.)

[2] Besonders l. 13, § 20 D. de act. emti et vend. (19, 1): nam quam re emtor fruitur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.

[3] Windscheid, Pandekten Bd. II, § 389; Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. I, S. 326; Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. III, S. 41 (S. 47: nachfolgendes Kreditiren entbindet von allen Zinsen); Seuffert, Pandekten Bd. II, § 323, Anm. 5; Thöl, Handelsrecht § 65, Note 7a; Sintenis, Civilrecht Bd. II, S. 184.

[4] Seuffert, Archiv, Bd. II, Nro. 283 zu Z. 1. (Cassel); Bd. VII, Nro. 305 (Darmstadt) „bestimmte Zahlungsfrist"; Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. IX, S. 362 (Lübeck) „ausdrückliche Fristgestattung."

schon von einem früheren Zeitpunkte an Zinsen zu fordern berechtigt ist."

„Die Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung."

Art. 289: „Kaufleute untereinander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern."

Hiebei ist zu bemerken:

1) durch den Art. 288, welcher Handelsgeschäfte seiten des Forderungsberechtigten betrifft, ist für den Kauf das zu I dargestellte Recht nicht alterirt, da die von der Mahnung eintretende Zinspflicht des Letzteren (im Falle des Ablaufes des dies, und im Falle der Tradition der Kaufsache) durch den Schlußsatz reservirt ist, und der Artikel sich auf Zinsenverabredung natürlich gar nicht bezieht. Der Artikel hat vielmehr bloß Bedeutung, sofern er a) den Satz, daß zum Eintritt des Verzuges Mahnung überhaupt, also auch außergerichtliche Mahnung genüge, auch für die Länder des französischen Rechtes, wo bisher gerichtliche Klage nöthig war, zur Anerkennung bringen wollte,[5] und b) sofern er die Vorschrift des allgemeinen preußischen Landrechtes,[6] daß die Zustellung der Rechnung der Mahnung gleich zu achten sei, in dieser Allgemeinheit aufhebt. Eine endgiltige Regelung der Frage, ob der Ablauf des Zahlungstermines Verzug begründe, für das gesammte Gebiet des Handelsrechtes war wohl beabsichtigt, ist aber unterblieben.[7]

2) Der Artikel 289, der sich auf Forderungen eines Kaufmannes an einen Kaufmann aus einem beiderseiti-

[5] Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, S. 74 und 75; Kräwel, allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, S. 354 und 356; Koch, deutsches Handelsgesetzbuch, S. 300.

[6] § 685, Thl. II, Tit. 8; Makower, deutsches Handelsgesetzbuch, S. 172.

[7] Vergl. auch Anschütz, Gutachten, S. 83.

gen[8] Handelsgeschäfte bezieht, beruht auf der legislativen Erwägung, daß in kaufmännischen Kreisen der Gläubiger sofort mit Empfang des Guthabens in den Zinsengenuß einzutreten, und andererseits der Schuldner die über den Fälligkeitstermin behaltene Summe bis zur Auszahlung in seinem Handel lukrativ zu verwenden pflegt und hiezu Gelegenheit hat[9]. — Verzugszinsen sind die durch Art. 289 statuirten Zinsen nicht[10]; sondern eben eine besondere Art gesetzlicher Zinsen, geknüpft an die Fälligkeit gewisser Forderungen, und kommt es daher bei ihnen lediglich darauf an, den Zeitpunkt der Fälligkeit im Einzelnen gehörig zu bestimmen.

Die Grundsätze darüber, wann eine Forderung als fällig zu betrachten sei, sind nun zwar bekanntlich nicht in allen Punkten unbestritten. Die Protokolle der Handelsgesetzbuchskonferenz selbst bezeichnen den Zeitpunkt der Fälligkeit als denjenigen, mit welchem die Leistung rechtlich erwartet werden dürfe, und besagen weiter, dieser Zeitpunkt werde bei vielen Obligationen mit dem der Entstehung zusammenfallen, bei anderen z. B. bei in diem obligationes, bei Forderungen, die auf Kündigung stünden, aber nicht.* Der Art. 289 stelle für das Handelsrecht den Satz auf, daß der Verfalltag die Stelle der Mahnung

---

[8] **Wenn ein Kaufmann einem anderen Kaufmann schuldig wird, so ist es nicht immer auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft; es kann der eine Kaufmann auch lediglich als Konsument erscheinen, wie z. B. wenn ein Kaufmann von einem andern Kaufmann Zucker, Kaffee für seine Haushaltung bezieht; dieser sein Bezug gehört nicht zum Betriebe seines Handelsgewerbes (Art. 273 des H.-G.-B.) und fällt daher nicht unter Art. 289: Protokolle der Handelsgesetzbuchs-Kommission, S. 1316; O. Wächter, Handelsrecht 1. Thl., S. 160; Koch, a. a. O., S. 301; Kräwel, a. a. O., S. 357.**

[9] **Löhr, Centralorgan für das Handelsrecht, Bd. III, S. 509. (Entscheidung des A.-Gerichtes Cöln).**

[10] **Näheres unten §. 2, III. 5.**

* **Vergl. hierüber auch die Protokolle der Dresdener Obligationenrechtskommission Bd. II, S. 1351 ff. (K.)**

vertrete, und dehne den Satz auch auf den Fall aus, wenn ein bestimmter Verfalltag nicht ausgemacht sei [11]. Zwar wurde bei einer späteren Berathung die Ansicht geäußert, es handle sich hier nur um Forderungen mit einem bestimmten (nunmehr abgelaufenen) Verfalltage; allein dieser erst jetzt aufgetauchten Ansicht gegenüber wurde von vielen Seiten geltend gemacht, es handle sich hier um jede Forderung, die nicht (beziehungsweise nicht mehr) bedingt oder betagt sei. [12] In der That spricht auch der Artikel ganz allgemein von jeder fälligen Forderung, ohne zu unterscheiden, ob sie sofort mit ihrer Entstehung, oder erst mit Eintritt des dies oder der conditio fällig geworden sei, und fassen auch die Schriftsteller [13] den Artikel in dieser Allgemeinheit auf. Koch bemerkt dabei noch insbesondere: „Der Anfangstermin der Zinsen sei der Zeitpunkt, an welchem die Leistung rechtlich erwartet werden dürfe, also bei Kaufsgeschäften der Moment, wo die Kaufgeldsforderung durch Uebergabe zur Entstehung komme, wenn nicht auf Kredit gehandelt, und demzufolge ein bestimmter späterer Zahltag festgesetzt worden sei.

Es ist nun klar, daß der Art. 289 für die Handelsgeschäfte, abgesehen vom Kauf, eine eingreifende Aenderung geschaffen hat, indem wenigstens nach gemeinem Rechte die Zinspflicht nur im Falle des Verzuges, der regelmäßig Mahnung voraussetzt, eintritt; für den Kauf aber hat derselbe eine wesentliche Aenderung nicht gebracht, und zwar in Folge der schon früher bestehenden Zinspflicht, wie dieß, in Widerlegung der entgegengesetzten von Endemann [14] allerdings bloß im Allgemeinen geäußerten Ansicht, aus Folgendem hervorgehen dürfte.

a Ist der Kaufgegenstand schon übergeben

---

[11] Protokolle der Handelsgesetzbuchskommission. S. 421—423.

[12] Protokolle 1315—16.

[13] Koch, a. a. O., S. 301, Anm. 5; Wolf in Löhr's Centralorgan, Bd. V, S. 467.

[14] Endemann, deutsches Handels-Recht. S. 279, Note 5.

und es wurde nicht auf Kredit verkauft, so tritt schon nach der angeführten l. 13, § 20 D. (19, 1) die Zinspflicht ein. Wurde aber auf Kredit verkauft, so ist schon durch den Grundsatz dies interpellat pro homine mit dem Ablauf des ausdrücklich oder stillschweigend[15] vereinbarten Verfalltages der Kaufpreis zu verzinsen. Nur wenn die Kreditfrist auf einem Gesetze oder eigentlichen Handelsgewohnheitsrechte beruht, oder nicht ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde[16], könnte der Art. 289 praktisch werden, indem der Satz dies interpellat pro homine auf die Versäumniß einer gesetzlichen Erfüllungszeit nicht auszudehnen ist[17], und einen bestimmten Verfalltag voraussetzt, und daher hier nach gemeinem Rechte eine Mahnung nothwendig sein würde; indessen dürften diese Fälle verhältnißmäßig selten vorkommen.

b. Ist aber der Kaufsgegenstand noch nicht übergeben, wohl aber der Verkäufer zur Uebergabe bereit, so wird mit dieser Bereiterklärung nahezu immer eine Mahnung an den Käufer zur Erfüllung verbunden sein, und wäre dann Letzterer durch diese Mahnung in Verzug gesetzt und also zu Zinsen verpflichtet. Zwar setzt der Verzug voraus, daß das Forderungsrecht mit keiner Einrede behaftet sei[18], allein durch das ernstliche und gehörige Anerbieten des Verkäufers zur Uebergabe des Kaufsgegenstandes wird die Einrede des nicht erfüllten Vertrages elidirt und muß elidirt werden, da ja sonst der Verkäufer

---

[15] Kraft Handelsusance, im Gegensatz zum Handelsgewohnheitsrecht. Vergl. über diesen Gegensatz die klare Ausführung von Laband in Goldschmids Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XVII, S. 466.

[16] Also z. B. der Kaufpreis sei zu bezahlen, wenn Käufer die Waare wieder verschlossen haben werde, was bekanntlich, als Befristung, nicht als Bedingung aufgefaßt wird.

[17] Mommsen, mora S. 91; „gesetzlich" ist oben im weiteren Sinne genommen, im Gegensatz zum Parteiwillen.

[18] Windscheid, a. a. O., § 277 Z. 1; Sintenis, a. a. O. Bd. II, S. 207 und Anm. 73.

kein anderes Mittel hätte, den Käufer wirksam zu belangen und in Verzug zu setzen, als das höchst gefährliche, ihm seine Sache vorher anzuvertrauen[19]. Wäre je einmal mit der genannten Bereiterklärung eine Mahnung nicht verbunden, so würde allerdings der Art. 289 in Wirksamkeit treten, indem dann durch die Elidirung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Forderung fällig geworden wäre. Unterstellt ist hier natürlich der Fall, daß die Kaufpreisforderung von Anfang an unbetagt, oder doch zur Zeit der Bereiterklärung des Verkäufers zur Erfüllung nicht mehr betagt war.

Hat dagegen der Verkäufer sich zur Uebergabe nicht einmal bereit erklärt, so tritt eine Zinspflicht aus dem Grunde nicht ein, weil dann die Forderung des Verkäufers noch nicht fällig ist. Zwar sind verschiedene Rechtslehrer[20] der Ansicht, daß bei zweiseitigen Verträgen schon mit dem Abschluß, und nicht erst mit der Erfüllung von einer Seite beziehungsweise mit dem Anerbieten dieser Erfüllung actio nata ist. Allein diese — zudem von Andern[21] angefochtene — Ansicht wird immer mit spezieller Beziehung auf die Klageverjährung aufgestellt, und hat für letztere ihre guten Gründe, da sonst der Verkäufer aus der Unterlassung der ihm obliegenden Verpflichtung, seinerseits zu erfüllen, beziehungsweise diese Erfüllung anzubieten, den Vortheil ziehen könnte, daß seine Klage gar nicht verjähren würde; also besser daran wäre, als der erfüllende oder zur Erfüllung bereit gewesene Verkäufer. An sich aber kann man von einer actio nata, einer Fälligkeit bloß dann sprechen, wenn man die Leistung rechtlich erwarten, mit einer

---

[19] Windscheid, a. a. O., § 321 in Z. 1; Seuffert, Archiv, Bd. XV, Nr. 14 (Stuttgart); Bd. XIX, Nr. 32, vgl. auch ebendaselbst Nr. 134.

[20] Wächter, württemb. Privatrecht, Bd. II, S. 808; Vangerow, Pandekten, Bd. I, S. 253; Sintenis, a. a. O., S. 234.

[21] z. B. Thibaut.

Anforderung aufzutreten rechtlich befugt ist[22]. Nun ist bei dem Kaufvertrage anerkannten Rechtens, daß der Verkäufer bloß dann Erfüllung verlangen kann, wenn er selbst seinerseits zuvor erfüllt hat, oder doch zur Erfüllung sich ernstlich bereit erklärt hat; kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so wird seine Klage mit der dilatorischen exceptio non adimpleti contractus als zu früh angebracht abgewiesen, und eben damit ausgesprochen, daß er noch nicht rechtlich befugt war, mit seiner Anforderung aufzutreten. Wenn man daher die genannte Obliegenheit des Verkäufers als Bedingung der Fälligkeit seiner Forderung aufstellt, so entspricht dieß gerade dem reinen Begriff der Fälligkeit, von dem abzuweichen hier nicht aus eigenthümlichen Gründen, wie bei der Klagenverjährung, geboten war. Hiemit stimmt auch die Literatur und Rechtsprechung überein,[23] sofern hier immer die Uebergabe der Kaufsache als Erforderniß der Fälligkeit aufgestellt wird, und nach der angefügten Begründung sowohl, als nach der Natur der Sache und dem oben Bemerkten das gehörige Anerbieten der Uebergabe letzterer gleichzuachten ist und auch offenbar gleichgeachtet werden wollte. Es würde auch dem Rechtsgefühle geradezu widersprechen, dem Verkäufer für eine Zeit, während der er noch nicht einmal zur Erfüllung seinerseits sich bereit erklärt hat, Zinsen zuzuerkennen.

Von Erheblichkeit könnte der Art. 289 nur noch im Falle eines Pränumerationskaufes werden; zwar nicht dann, wenn verabredet wurde, daß der Käufer sofort zahlen, die Kaufsache aber erst in einer bestimmten späteren Zeit erhalten solle, denn durch das „sofort" wäre der Tag des Kaufsabschlusses als dies festgesetzt und fände also die Regel dies interpellat pro homine ihre Anwendung; wohl

[22] Siehe gerade Wächter a. a. O., S. 807; Sintenis, a. a. O., Bd. II, S. 198.

[23] Koch in Note 13 zitirt; Wolf, a. a. O., S. 474; Löhr, Centralorgan, Bd. III, S. 206 (Wien).

aber dann, wenn z. B. verabredet worden wäre, der Käufer solle den Kaufsgegenstand erst 4 Wochen nach Bezahlung des Kaufspreises erhalten; hier wäre die Forderung zwar nach dem Gesetze sofort mit dem Kaufsabschlusse fällig; zum Verzug und zur Zinsenpflicht würde aber nach gemeinem Rechte eine Mahnung nothwendig sein.

## § 2. Besonders bezüglich der Forderungen der Handwerker und Detailhändler.

I. Nach der allgemeinen Rechtsregel[24]: „in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur" kann jeder Theil Erfüllung des Kaufvertrages sofort verlangen, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, oder im Einzelnen gesetzlich feststeht; zugleich aber folgt aus der zweiseitigen Natur des Kaufvertrages, daß kein Theil Erfüllung begehren kann, ohne seinerseits zu erfüllen, oder doch die Erfüllung anzubieten[25]. Wurde also eine Sache verkauft ohne Bestimmung der Erfüllungszeit, so daß der Kauf weder ausdrücklich auf baar lautete, noch der Kaufpreis ausdrücklich kreditirt wurde, und bestand auch nicht vermöge besonderer Usance oder Gewohnheitsrechtes[26] eine Kreditfrist, so ist der Käufer jederzeit gegen Uebergabe den Kaufpreis zu zahlen verpflichtet, und um so mehr nach der Uebergabe; mit andern Worten: der Baarkauf, der Kauf „Zug um Zug" versteht sich von selbst.[27]

[24] l. 14 D. de regulis jur. (50, 17); s. auch l 41 § 1 D. de verbor. obl. (45, 1); deutsches Handelsgesetzbuch Art. 326; Thöl, Handelsrecht § 69.

[25] l. 13, § 8, D. de act. emti et vend. (19, 1): l. 31, § 8, D de legatis et fideicomm. (31, 1).

[26] Unrichtig ist, daß sich im heutigen Handelsverkehre eine Kreditfrist von selbst verstehe; es gilt dieß nur lokal, insbesondere in Bremen, für einzelne Waarengattungen, und fast nirgends für den Handel mit Werthpapieren: Goldschmid a. a. O., S. 849 Not. 31.

[27] Thöl, a. a. O., § 63; deutsches Handelsgesetzbuch Art. 342, Absatz 3.

Wer eine Sache verkauft und abgibt, ohne sich baare Bezahlung zu bedingen, kreditirt zwar insofern den Kaufpreis, als er die reale Sicherheit, die ihm sein Eigenthum gab, gegen die persönliche Sicherheit des Käufers aufgegeben und Letzterem persönliches Vertrauen geschenkt hat, und es hat dieses Kreditiren die wichtige Folge, daß das Eigenthum der übergebenen Sache auf den Käufer übergeht, wenn dieser auch nicht bezahlt hat, eben weil man den Kaufpreis als gestundet annimmt [28]. Allein hier liegt bloß ein thatsächliches, prekäres Kreditiren vor, nicht aber ein Kreditkauf im rechtlichen Sinne, letzterer ist vielmehr nur dann vorhanden, wenn der Käufer ein Recht auf den Kreditgenuß hat und daher befugt ist, auch nach der Uebergabe den Kaufpreis insolange zu verweigern, als nicht der Zeitraum, für welchen ihm Kredit gewährt wurde, abgelaufen ist [29]. Im vorgedachten Falle ist aber nach dem Ausgeführten der Käufer gegen Uebergabe zur Zahlung verpflichtet und es kann durch den Kredit, den sich der Käufer einseitig und willkürlich nimmt, indem er eben zur gesetzlichen Zeit nicht zahlt, das Geschäft natürlich nicht zum Kreditgeschäft werden; hiezu ist vielmehr Willensübereinstimmung beider Theile erforderlich, und diese wird nicht dadurch ergänzt, daß der Verkäufer ohne irgendwie rechtlich genöthigt zu sein, faktisch mit dem Verlangen der Zahlung

[28] Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. I, S. 836 ff., besonders S. 849; Thöl, a. a. O., § 69; Seuffert, Pand., Bd. II, § 132, Anm. 9; für Württemberg hat das oben Angeführte bezüglich beweglicher Sachen keine Bedeutung, da nach Art. 16, Abs. 1 des Pfandentwicklungsgesetzes das Eigenthum der verkauften beweglichen Sache an den Käufer auch übergeht, wenn sogar baare Bezahlung bedungen wurde und solche nicht erfolgte, also der römisch-rechtliche Grundsatz, daß das Eigenthum der verkauften und übergebenen Sache nur dann auf den Käufer übergehe, wenn der Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder gestundet wird, insoweit aufgehoben ist.

[29] Goldschmidt, a. a. O., S. 849, Note 32; Thöl, a. a. O., § 68; Endemann, deutsches Handelsrecht S. 526, 527, 529.

zuwartet[30]. Mit diesem Zuwarten, mit dem nicht Gebrauch machen von seinem Rechte, Zahlung zu verlangen, ist weder für die Periode des Zuwartens eine Aufgabe dieses Rechtes und dem entsprechend ein Recht des Käufers anerkannt, die Zahlung retiniren zu dürfen, zumal das Zuwarten auch in Vergeßlichkeit oder irgend einem Hinderniß seinen Grund haben konnte, noch ist der Verkäufer hiedurch gehindert, zu beliebiger Zeit mit dem Zuwarten aufzuhören und das Verlangen der Zahlung zu stellen. Da hiernach der Verkauf und die Uebergabe einer Sache ohne Anbedingung baarer Bezahlung im Zweifel als ein Baarkauf und nicht als Kreditkauf aufzufassen ist, so folgt bezüglich eines solchen Kaufes die Zinspflicht für das gemeine Recht aus l. 13, § 20 D. de act. emti et vend. (19, 1) und für die Fälle des Art. 289 des deutschen Handelsgesetzbuches aus dem Grunde der Fälligkeit der Forderung, wie auch in den Konferenzprotokollen (Note 11 und 12) der Artikel ausdrücklich auf alle Fälle, wo ein bestimmter Verfalltag nicht festgesetzt ist, ausgedehnt wurde, und Koch (Note 13) ihn auf den vorgedachten Fall ausdrücklich anwendet. Für den gemeinen Verkehr wird ein Kreditkauf im besagten Falle wohl kaum einmal anzunehmen sein; wohl aber für den Handelsverkehr, sei es in Folge eines für besondere Waarengattungen nachweisbaren Gewohnheitsrechtes, sei es in Folge einer Handelsusance im engeren Sinne. Doch ist für die Annahme der letzteren Vorsicht geboten, denn wenn z. B. auch ein Kaufmann in beiderseitigen Handelsgeschäften einem anderen Kaufmann wiederholt mit Zahlung zuwartete, und ihm erst von einer gewissen Zeit nach der Uebergabe Zinsen berechnete, so mag daraus wohl zwischen beiden für die Zukunft sich eine Usance dahin gebildet haben, daß beim gleichen Zuwarten die Zinspflicht nicht schon vom Tage der Uebergabe, sondern von der genannten späteren Zeit eintreten solle;

[30] Vgl. Busch, Archiv, Bd. XVII, S. 82 (Wien).

ein Kreditkauf ist aber an sich hiedurch noch nicht festgestellt, und könnte daher bei einem künftigen Waarenbezuge der Verkäufer in einem beliebig früheren Zeitpunkte mit dem Verlangen der Zahlung auftreten und hiedurch die Zinsverpflichtung von da an begründen.

II. Von dem gemeinrechtlichen Grundsatz der Zinspflicht vom Tage der Uebergabe des Kaufsgegenstandes beim Baarkauf ohne Anbedingung der Baarbezahlung (stillschweigender Baarkauf) wird nun vielfach bezüglich der gewerblichen Forderungen der Gewerbsleute und Detailhändler abgewichen. Das preußische Landrecht (Theil II, Tit. 8, § 687 und 688*) ließ die Zinspflicht erst eintreten Ein Jahr nach der Lieferung, wofern nicht ein dies festgesetzt war, oder frühere Mahnung eintrat; das Ungarische Gesetzbuch (16. Gesetzesartikel § 56) am Ende des Jahres, in welchem die Schuld entstanden ist; das Hannover'sche Einführungsgesetz zum deutschen Handelsgesetzbuch § 25 erst vom Tage der Mahnung an. Auch existiren vielfache Entscheidungen der höheren Gerichte Deutschlands, wornach bei Verabfolgung von Waaren im Detailhandel ohne Anbedingung baarer Zahlung[31] der gedachte gemeinrechtliche Grundsatz vermöge Gerichtsgebrauches

* Die §§ 475—712 des Tit. 8 des II. Theiles des preußischen Landrechtes sind aufgehoben und sind das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch und das Einführungsgesetz vom 24. Juni 1861 an deren Stelle getreten. (K.)

[31] Seuffert, Archiv, Bd. III, Nr. 285 (Cassel) „wenn ein Kaufmann regelmäßigen Kunden, ohne sofortige Zahlung zu verlangen, Waaren verabfolgt;" Bd. VII, Nr. 305 (Darmstadt) „wenn ein Kaufmann ohne Bedingung baarer Zahlung Waaren insbesondere an seine Kunden abgebe": Bd. XII, Nr. 263 (Wolfenbüttel 1831) „bei Abgabe von Kramwaaren finden nach Gerichtsgebrauch nur Zinse statt, wenn dieß bedungen, dies festgesetzt wurde oder Verzug eintrat"; Bd. XXII, Nr. 221 (Jena, 1845) „wenn Detailhändler gewöhnlichen Konsumenten einen Konto eröffnen"; Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. IX, S. 36 (Lübeck 1860), „unter Kaufleuten für den Detailhandel."

zessirt. In Württemberg, wo bis dahin auch obenbesagter Gerichtsgebrauch bestanden haben muß, wurde durch das Generalreskript vom 6. November 1736[32] bestimmt, daß beim stillschweigenden Baarkauf[33] die Forderungen der Handels- und Handwerksleute wenigstens nach Verfluß eines halben Jahres von der Leistung an zu verzinsen seien. Zwar spricht der Text des Generalreskriptes nicht ausdrücklich von dem stillschweigenden Baarkauf, allein da einerseits für den Fall der Anbedingung baarer Zahlung, wodurch der Tag der Uebergabe als Zahlungstermin festgesetzt, beziehungsweise gewahrt ist, und andererseits für den Fall ausdrücklicher Kreditirung die Bestimmung des Generalreskriptes ganz unpassend erscheinen müßte, kann dieselbe nur auf die so häufig vorkommenden Fälle des stillschweigenden Baarkaufes bezogen worden. So sagt Reyscher[34]: „gegen Handwerksleute ist man im Verzuge nach einem halben Jahre, wofern nicht ein früherer oder späterer Termin vertragsmäßig festgesetzt oder vor Ablauf des halben Jahres Klage erhoben wurde,“ und Römer bemerkt in seinen Vorlesungen über das Württem-

[32] Reyscher, Gesetzessammlung, Gerichtsgesetze, Bd. III, S. 419: „Nachdem wir mißfällig wahrgenommen, wie das verderbliche Schuldenmachen eingerissen, und dadurch nicht nur die Schuldner in das Verderben, sondern auch Andere in Schaden und Ruin gesetzt werden, und besonders dergleichen Leute, wenn sie bei den Handelsleuten Waaren ausnehmen, oder der Handwerker sich bedienen, die Bezahlung oft viele und lange Jahre anstehen lassen, so daß diese zur Klage genöthigt werden, da dann die Gerichte vielfach Bedenken tragen, a tempore morae das Interesse zu sprechen, also sei verordnet, daß wenn der Handels- oder Handwerksmann nicht aus seinem Willen länger zu kreditiren sich ausdrücklich entschließen und erklären würde, daß ein solcher debitor ½ Jahr nach gemachter Schuld in mora zu sein angesehen und 5% von da an zu erstatten, und überdieß dem Schuldner der Beweis, daß der creditor über den gemeldeten Termin kreditirt und geborgt habe, obgelegen sein solle.“

[33] und bei Arbeitsleistungen (locatio conductio operis) ohne Anbedingung baarer Zahlung.

[34] Württemb. Privatrecht § 403.

bergische Privatrecht[35]: „für gewerbliche Forderungen setzt, wofern nicht baare Bezahlung oder eine bestimmte Frist speziell verabredet worden ist, das Gesetz eine halbjährige Frist fest, mit deren Ablauf der Schuldner von selbst als im Verzuge befindlich gilt." Ebenso ist auch Weishaar[36] offenbar zu verstehen, wenn er sagt: „gegen die ein bürgerliches Gewerbe treibenden Personen ist man im Verzug, wenn man nicht in einem halben Jahre nach Empfang der Waaren u. s. w. bezahlt. Vorausgesetzt ist, daß auf Borg gehandelt und ein früherer Erfüllungstermin weder bei Eingehung des Vertrages, noch nachher durch Interpellation bestimmt worden ist. Würde der Gläubiger die Verabredung einer kürzeren Frist, oder daß baare Bezahlung ausgemacht worden, behaupten, so hätte er es zu beweisen." Das „auf Borg gehandelt" ist hier nur ein ungenauer Ausdruck, bedeutet nicht einen Kreditkauf im rechtlichen Sinne, sondern ein faktisches Kreditiren, und heißt nichts Anderes als „nicht ausdrücklich gegen baar gehandelt." Ein „ausdrücklich auf Borg handeln" konnte Weishaar unter jenem Ausdruck unmöglich verstehen; wird auf bestimmte Zeit geborgt („ich gebe es Dir auf Borg") — welcher Fall aber höchst selten vorkommen dürfte — so könnte erst mit der Aufkündigung des Kredites eine Zinspflicht eintreten, da ja bis dahin — und sollte auch mehr als ein halbes Jahr verflossen sein — der Schuldner ein Recht hatte, seine Leistung zurückzuhalten. Das auf „Borg handeln" kann also nur bedeuten „abgeben ohne Anbedingung baarer Bezahlung"; dieß ist aber kein Kreditkauf im eigentlichen Sinne, sondern ein stillschweigender Baarkauf. Der Schuldner ist hier an sich verpflichtet, sofort bei der Uebergabe zu zahlen, und hat keinen Zeitmoment ein Recht auf Kredit; vielmehr kann, wie auch Weishaar selbst anerkennt, der Gläubiger jeden Tag mit einer Anforderung auftreten und hiedurch eine frühere Zinspflicht

[35] Manuskript § 116.

[36] Württemb. Privatrecht, Bd. III, § 1024.

gegenüber dem Generalreskripte begründen. — Wie es kam, daß der gemeinrechtliche Grundsatz der Zinspflicht von der Uebergabe an hier modifizirt wurde, läßt sich unschwer daraus erklären, daß hier wenigstens ein faktisches Kreditiren, ein Anvertrauen der Sache ohne Bezahlung vorliegt, daß regelmäßige Kunden der Bequemlichkeit wegen nicht jeden Posten sofort zu berichtigen pflegen, sondern zuwarten, bis ein gewisser Betrag aufgelaufen ist, die Berechnung von Zinsen aber vom Tag der Uebergabe oder Arbeitsleistung etwas Kleinliches, für den Verkehr mit Handels- und Handwerksleuten nicht Passendes hätte, und daher die gesetzliche Feststellung eines mäßig späteren Zinstermines sich um so mehr empfiehlt, als ja im einzelnen Falle dem Gläubiger freisteht, durch Interpellation die Zinspflicht früher zu begründen, und er überdieß schon seine Preise mit Rücksicht auf die erst später zu erwartende Zahlung einrichten wird.

III. In dem Entwurfe des württembergischen Einführungsgesetzes zum deutschen Handelsgesetzbuch lautete nun im Interesse der Aufrechthaltung des Generalreskriptes der Artikel 38[37] dahin:

„Die Bestimmung des Generalreskriptes vom 6. Nov. 1736, nach welchem Kaufleute aus ihren Forderungen für gelieferte Waaren und Handwerksleute aus ihren Forderungen für gelieferte Arbeit nach Verfluß eines halben Jahres von der Waarenlieferung oder Arbeitsleistung an Verzugszinse von dem Schuldner anzusprechen haben, vorausgesetzt, daß die Folgen des Verzuges nicht aus andern Gründen früher eintreten, oder daß nicht eine längere Zahlungsfrist verabredet ist, bleibt unbeschadet der Bestimmungen des Art. 289 des Handelsgesetzbuches auch ferner aufrecht erhalten." (Folgt

[37] Verhandlungen der Kammer die Abgeordneten von 1862/65, I. Beilagenband S. 156; die Motive, daselbst S. 175, enthalten nichts Bemerkenswerthes.

dann noch eine Bestimmung wegen der Höhe der Zinsen — 6%.)

Dieser Text drückt den stillschweigenden Baarkauf deutlich aus, nur wäre statt „vorausgesetzt — ist" wohl besser gesagt worden „vorausgesetzt, daß ohne Bestimmung der Zahlungszeit gehandelt wird und nicht durch Mahnung früher die Zinspflicht eintritt." — Der Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten[38] hat aber leider geglaubt, den Text des Entwurfes abändern zu sollen, indem er bemerkte „nach dem Vorbehalte geht der Entwurf davon aus, daß der Art. 289 des deutschen Handelsgesetzbuches bei Forderungen für gelieferte Waaren etwas Anderes bestimme, als das Generalreskript; wir können uns hier nur denken, daß der neue Entwurf von der Ansicht ausgeht, der gemeinrechtliche Satz, daß der Verkäufer beim Baarkauf von der Tradition an Zinse verlangen könne, sei durch das Generalreskript für die Forderungen der Kaufleute und Handwerker aufgehoben worden. Allein diese vielfach getheilte Ansicht ist unbegründet. Das Generalreskript hat an jenem Satze für den Baarkauf Nichts geändert, sondern es gilt dasselbe bloß für den Fall, daß auf Borg gehandelt worden ist (Berufung auf Weishaar, bei Note 34 citirt). Es existirt also keine Verschiedenheit zwischen dem Generalreskripte und dem Art. 289, und liegt auch keine Veranlassung vor zur Abänderung jenes gemeinrechtlichen Satzes für den Baarkauf," und beantragte deßwegen: 1) statt „vorausgesetzt — eintrete", zu setzen: „vorausgesetzt, daß nicht auf baar gehandelt, oder die Zinspflicht nicht aus andern Gründen schon früher eingetreten ist, (vgl. auch Art. 289)"; 2) die Worte „unbeschadet — Handelsgesetzbuches" wegzulassen. — Bei der Debatte in der zweiten Kammer[39] wurde auf die Bemerkung Einiger: „das Generalreskript enthalte eine Ausnahme von dem gemeinen Rechte, sofern Handwerker u. s. w.

---

[38] **Verh. der Kammer der Abg. a. a. O., S. 325.**

[39] **Vgl. a. a. O., I. Protokollband S. 779—783.**

nach 6 Monaten ohne alles Weitere (Mahnung) Zinsen fordern dürfen," von dem Berichterstatter erwidert: „die Zinspflicht könne auch mit Uebergabe der Waare eintreten, und wäre damit, daß dieß bei Forderungen der Kaufleute nicht stattfinde, ein privilegium odiosum derselben geschaffen; in diesem Falle sei die Zinspflicht bereits vorhanden, sie finde nur dann nicht statt, wenn ein Borgkauf vorliege, auf welchen sich das Generalreskript beziehe." Uebrigens wurde der Artikel der Kommission aus dem Grunde zurückgegeben, weil man fast allseitig der Ansicht war, zur Fälligkeit der Forderung gehöre Kenntniß ihres Betrages, demgemäß für nothwendig erkannte, die Zinse erst von der Kenntniß des Forderungsbetrages eintreten zu lassen, unter diesen Umständen aber nicht sicher war, ob alsdann nicht das Generalreskript abgeändert sei. — Demzufolge beantragte die Kommission[40] folgende Fassung:

„Die Forderungen der Kaufleute für gelieferte Waaren sowie die der Handwerker für gelieferte Arbeit sind nach Verfluß eines halben Jahres von der Lieferung der Waare oder Leistung der Arbeit an zu verzinsen, vorausgesetzt, daß innerhalb dieses Zeitraumes der Betrag der Forderung dem Schuldner kundgegeben wurde; hat der Kaufmann oder Handwerksmann es unterlassen, innerhalb der Frist ihn kundzugeben, so tritt die Zinspflicht erst von der Kundgebung ein. Der Eintritt eines früheren Zeitpunktes der Verzinsung solcher Forderungen aus anderen Gründen, insbesondere deßhalb, weil auf Baar gehandelt wurde, ist hiedurch nicht ausgeschlossen (vgl. auch Art. 289 des Handelsgesetzbuches)" (folgt noch die Bestimmung wegen der Höhe der Zinse), welche Fassung nach kurzer Debatte, bei welcher übrigens „Kundgebung des Forderungsbetrages" vielfach mit „Mahnen" verwechselt wurde, von der Kammer angenommen wurde[41]. — Der Kom-

---

[40] a. a. O. Beilagenband, 2. Abth., S. 1700.

[41] a. a. O., II, Protokollband S. 1035—1037.

missionsbericht der Kammer der Standesherrn[42] war materiell mit der Beschlußfassung der zweiten Kammer einverstanden, indem er ausdrücklich bemerkte: „das Generalreskript sei nur vom Handeln auf Kredit zu verstehen; der gemeinrechtliche Satz, wonach bei dem nicht auf Kredit erfolgten Kaufe Zinsen von der Uebergabe an zu zahlen seien, habe nicht geändert werden wollen, und der Gesetzesentwurf wolle auch nicht anders aufgefaßt sein"; übrigens wurde aus formellen Gründen die jetzige Fassung des Gesetzes:

„Die Forderungen der Kauf- und Handwerksleute für gelieferte Waare und Arbeit sind nach Verfluß eines halben Jahres, von der Waarenlieferung oder Arbeitsleistung an gerechnet, zu verzinsen, vorausgesetzt, daß der Schuldner innerhalb jenes Zeitraumes von dem Betrage der Forderung unterrichtet wird. Geschieht dies erst später, so beginnt die Verzinslichkeit erst von letzterem Zeitpunkte an. Die aus anderen Gründen, namentlich wegen nicht auf Kredit erfolgten Handelns (zu vergl. Art. 289 des Handelsgesetzbuches) in einem früheren Zeitpunkte eintretende Verzinslichkeit ist mit vorstehenden Bestimmungen nicht ausgeschlossen."

„Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, insbesondere der Verzugszinsen, ist bei solchen Forderungen der Kaufleute sowohl als der Handwerker sechs vom Hundert jährlich." vorgeschlagen, welche Fassung dann beide Kammern ohne Widerspruch annahmen[43].

Vorstehendes gibt nun zu folgenden Bemerkungen Veranlassung:

1) das Handeln auf Kredit, auf welches der Art. 45 seine Anwendung finden soll, ist nichts Anderes, als das

---

[42] Verhandlungen der Kammer der Standesherrn, II. Beilagenband, S. 318 ff.

[43] Verhandlungen der Kammer der Standesherrn, II. Band, S. 200; Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten, IV. Protokollband S. 2902.

beim stillschweigenden Baarkauf vorkommende lediglich faktische Kreditiren, also nicht ein Kreditkauf im rechtlichen Sinne. Es geht dieß daraus hervor, daß der Art. 45 (mit Ausnahme der Höhe der Zinsen) lediglich das Generalreskript aufrecht erhalten wollte, letzteres aber, wie oben gezeigt wurde, gerade auf den stillschweigenden Baarkauf zu beziehen ist; daß ferner eben unter Beziehung auf Weishaar der Ausdruck „auf Borg handeln" gewählt wurde, und Weishaar, wie bereits auseinandergesetzt wurde, hierunter nichts Andres verstanden hat und verstehen konnte, als den stillschweigenden Baarkauf, d. h. das Abgeben der Waare ohne Bestimmung der Zahlungszeit; sowie daraus, daß das in den früheren Fassungen des Kommissionsberichtes vorkommende „auf baar handeln" dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß eben nichts Anderes bedeutet, als „ausdrücklich auf baar handeln." Auch sagt der erste Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten ausdrücklich: „bei dem Handeln auf Borg könne man, wenn keine Zahlungsfrist bedungen sei, jederzeit den Schuldner durch Mahnung in Verzug setzen" und ist hierauf auch in der ersten vorgeschlagenen Fassung „vorausgesetzt, daß die Zinspflicht nicht aus andern Gründen schon früher eingetreten ist", hingewiesen. Ein Handeln auf Borg, bei dem man jederzeit den Schuldner durch Mahnung in Verzug setzen darf, kann aber nur entweder sein ein ausdrückliches Borgen auf unbestimmte Zeit, oder ein bloß faktisches Borgen durch Abgabe ohne Anbedingung baarer Bezahlung; auf den ersten Fall, der ohnedieß so selten ist, daß schon deßwegen die Kommission kaum an denselben gedacht haben kann, paßt aber die Bestimmung des Generalreskriptes gar nicht aus den schon früher angegebenen Gründen, und bleibt somit nur der zweite Fall des stillschweigenden Baarkaufes übrig. In der That wollte man dem Gesetzgeber unterschieben, er habe unter dem „auf Borg handeln," verstanden „ausdrücklich auf Borg handeln," so würden die so zahlreichen Fälle des Verkehres mit Hand-

werksleuten und Detailhändlern, in welchen die Waare ohne Bestimmung der Zahlungszeit abgegeben wird, von dem Gesetze gar nicht getroffen, ganz entgegen der bisherigen Uebung und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, und blieben, da Borgkäufe mit bestimmter Zahlungsfrist selbstverständlich nicht unter das Gesetz fallen können, für die Anwendung desselben höchstens die überaus seltenen Fälle des ausdrücklichen Borgens auf unbestimmte Zeit, für deren Einbeziehung aber nicht einmal ein innerer Grund erfindlich wäre. — Es hat denn auch der einzige Kommentator des Art. 45, Fecht[44], sich dahin ausgesprochen, daß der Art. nur Anwendung finde, wenn nicht gegen verabredete Baarzahlung gehandelt wurde.

Bezieht sich aber das Gesetz nicht auf den eigentlichen Kreditkauf, sondern vielmehr lediglich auf den stillschweigenden Baarkauf, so ist es nur verwirrend, als sein Objekt das Handeln auf Borg zu bezeichnen.

2) Unrichtig ist sowohl im Texte des Gesetzes, als in den Kommissionsberichten und Kammerverhandlungen das Verhältniß des Art. 45 zum gemeinen Rechte und zum Handelsrecht aufgefaßt.

a. Nach dem römischen Rechte — (l. 15, § 20, D. de act. emti et vend. (19, 1) — tritt bei jedem Baarkauf, insbesondere also auch bei dem stillschweigenden Baarkauf, was der Art. 45 unpassenderweise als Handeln auf Kredit bezeichnet, die Zinspflicht vom Moment der Uebergabe ein.

Wenn ein Bauer einem andern Bauern einen Wagen verkauft und abgibt, ohne über die Zahlungszeit etwas zu bestimmen, so kann nach dem zu § 2 im Anfange Ausgeführten nicht bezweifelt werden, daß ein Baarkauf vorliegt, und Zinse von der Uebergabe an zu bezahlen sind; es hat daher das Generalreskript sowohl, als der Art. 45 des Einführungsgesetzes allerdings eine wichtige Abänderung vom

---

[44] **Fuchs, das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch S. 279 oben**

gemeinen Rechte bezüglich der Forderungen der Handels- und Handwerksleute sanktionirt.

b. Der Art. 289 des Handelsgesetzbuches schließt durchaus nicht, wie dieß sein Zitat im Art. 45 andeuten will, diejenigen Fälle aus, in welchen im Sinne des letzteren auf Borg gehandelt wird, sondern bezieht sich sowohl auf die Fälle des ausdrücklichen Baarkaufes als die des stillschweigenden. Wenn daher heute ein Kaufmann an einen Kaufmann Waaren verkauft und verabfolgt ohne Anbedingung baarer Zahlung, und das Geschäft sich als ein gegenseitiges Handelsgeschäft darstellt, so hat er von der Uebergabe an Zinsen anzusprechen, da ein Baarkauf vorliegt und daher die Forderung von der Uebergabe an fällig war. Es existirt also insofern allerdings ein Unterschied zwischen dem Generalreskripte, beziehungsweise dem Art. 45 des Einführungsgesetzes und dem Art. 289 des Handelsgesetzbuches.

Von selbst versteht es sich, daß die falsche Auffassung seiten der gesetzgeberischen Faktoren, als ob die l. 13, § 20. D. (19, 1) und der Art. 289 des Handelsgesetzbuches nur auf den ausdrücklichen, und nicht auch auf den stillschweigenden Baarkauf sich bezögen, die richtige Anwendung des gemeinen Rechtes außerhalb der Fälle des Art. 45 und die richtige Anwendung des Art. 289 des Handelsgesetzbuches nicht verhindern kann und darf. Durch jene Auffassung wurde bloß das Verhältniß des Art. 45 zum gemeinen Rechte und zum Art. 289 unzutreffend bezeichnet; das gemeine Recht selbst aber wollte außerhalb der Fälle des Art. 45 durchaus aufrecht erhalten werden, und ebenso geht sowohl aus den allgemeinen Motiven zum Entwurfe des Einführungsgesetzes, welche eine Abänderung des Handelsgesetzbuches strenge vermeiden wollten, als aus dem Art. 38 des genannten Entwurfes „unbeschadet des Art. 289", den Verhandlungen hierüber, und aus dem Zitate des Art. 289 im Art. 45 des Einführungsgesetzes unzweifelhaft hervor, daß der Art. 289 für Württemberg in voller

Kraft bestehen solle, daher auch über seine Auslegung der württembergische Gesetzgeber keine bindende Bestimmung geben konnte.*

3) Der Art. 45 (beziehungsweise das Generalreskript) hat, worauf schon früher hingewiesen wurde, das Detailgeschäft, der Art. 289 des Handelsgesetzbuches aber vorzugsweise den Großhandel im Auge; eine nähere Begründung dieser Behauptung ist aber nicht nothwendig, weil nicht erheblich. Die Sache stellt sich einfach so, daß so oft die Forderung eines Handwerkers oder Kaufmannes für Arbeiten oder Waaren, die ohne Bestimmung der Zahlungszeit geliefert wurden, sich als eine Forderung aus einem beiderseitigen Handelsgschäft zwischen Kaufleuten darstellt, der Art. 289 des Handelsgesetzbuches zur Anwendung kommt; so oft aber in dem gedachten Falle ein solches beiderseitiges Handelsgeschäft zwischen Kaufleuten nicht vorliegt, der Art. 45 des Einführungsgesetzes in Wirksamkeit zu treten hat; und folgt dieß aus der kurz vorhin nachgewiesenen ungeschwächten Giltigkeit des Art. 289 für Württemberg.**

4) Der Art. 45 wollte keine gesetzliche Kreditfrist von einem halben Jahre schaffen, sondern vielmehr den Gläubigern die volle Freiheit lassen, jederzeit Bezahlung zu verlangen und durch diese Mahnung eine frühere Zinspflicht zu begründen, und nur aussprechen, daß, wenn eine solche Mahnung früher nicht stattfand, erst mit dem Verfluß eines halben Jahres die Zinspflicht eintreten solle. Es geht dieß unzweifelhaft aus dem frühern Rechte, aus der Geschichte des Artikels und aus dessen Worten: „die aus andern Gründen in einem früheren Zeitpunkte eintretende Zins=

* Nachdem das Handelsgesetzbuch Reichsgesetz geworden ist und als solches in Württemberg gilt, geht solches unbedingt dem Landesrechte vor und kommt es schon deßhalb auf die Auffassung seiner Bestimmungen durch die württembergische Gesetzgebung nicht mehr an. (K.)

** Vergleiche die vorige Note * (K.)

verbindlichkeit ist hiedurch nicht ausgeschlossen" hervor, und es würde auch ebenso dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, wie den Bedürfnissen und Verhältnissen des Lebens widersprechen, wenn man einen Handwerker deßwegen, weil er die Waaren ohne Anbedingung baarer Bezahlung abgegeben hat, nöthigen wollte, ein halbes Jahr mit der Anforderung zuzuwarten, und auf frühere Zinsen zu verzichten. Man denke nur an Fälle, wo der Gläubiger das Geld zur Bezahlung von Schulden oder zum vortheilhaften Einkauf von Waaren dringend bedarf, oder wo er später nach der Abgabe ungünstige Nachrichten über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erhält, oder auch an den Fall des Todes des Gläubigers, dessen Erben gar kein Interesse mehr haben, mit der Bezahlung länger zuzuwarten.

5) Verzugszinsen im eigentlichen Sinne sind die Zinsen des Art. 45 nicht; vielmehr bilden letztere sowohl, als die eigentlichen Verzugszinsen je eine besondere, durch eigenthümliche Voraussetzungen bedingte Unter-Art der gesetzlichen Zinse. Verzugszinsen im eigentlichen Sinne könnte man sie bloß dann nennen, wenn durch die Nichtzahlung nach Umfluß des halben Jahres der Schuldner in Verzug im technischen Sinne dieses Wortes käme; allein

a. dann müßten einen solchen Schuldner auch die weiter gehenden Folgen des Verzuges treffen; er wäre alsdann insbesondere genöthigt, dem Gläubiger, falls Dieser nachweisen könnte, daß sein Interesse am Ausbleiben der Zahlung durch Entrichtung von 6% nicht gedeckt sein würde, sondern sich durch Verwirkung einer von ihm versprochenen Konventionalstrafe, durch Verkauf der von ihm bestellten Pfänder und dergl., oder wegen entgangenen Gewinnes höher belaufe, auch dieses weitere Interesse zu vergüten.[45] Hievon steht aber in dem Gesetze selbst kein Wort, und es wären auch durch die Thatsache des Ausbleibens einer Zahlung jene weitergehenden Folgen des

[45] **Mommsen**, mora S. 249 ff., S. 246.

Verzuges innerlich gar nicht gerechtfertigt; vielmehr nimmt erst durch eine vorausgegangene Mahnung des Gläubigers (beziehungsweise die Vernachläßigung des ausdrücklich festgesetzten Zahlungstermines) das Ausbleiben einer fälligen Leistung einen solchen rechtsverletzenden Charakter an, daß die strengeren und lästigeren Folgen des Verzuges nunmehr sich genügend erklären lassen.[46]

b. Der Art. 45 bezeichnet die dort statuirten Zinsen mit keiner Silbe als Verzugszinsen; zwar erscheint dieser Ausdruck öfters in der angeführten Literatur über das Generalreskript und in der Geschichte des Art. 45; allein hieraus geht, da das Wort „Verzug" häufig auch im nicht technischen Sinne gebraucht wird, d. h. für blose Nichterfüllung zur Zahlungszeit, auch ohne daß diese Nichterfüllung wegen Mahnung oder gleichstehender Umstände zur Schuld angerechnet werden kann,[47] noch keineswegs hervor, daß damit eigentliche Verzugszinsen gemeint waren, es lag vielmehr nahe, weil hier, gleichwie beim eigentlichen Verzuge, Zinsen auferlegt werden, und in beiden Fällen eine Verzögerung der Leistung vorliegt, auch die Zinsen des Generalreskriptes beziehungsweise des Art. 45 als Verzugszinsen zu bezeichnen, ohne daß man an diese populäre Bezeichnung juristische Folgen knüpfen wollte.

c. Endlich spricht auch für die diesseitige Auffassung die Analogie der Zinspflicht aus der Uebergabe des Kaufsgegenstandes und aus dem Art. 289 des Handelsgesetzbuches. Daß die erstere Zinspflicht nicht auf eine juristische mora zurückzuführen ist, wird allseitig zugegeben.[48] Aber auch die Zinse des Art. 289 sind nach der allge-

---

[46] vgl. Sintenis a. a. O., Bd. II, S. 179 und Anm. 5 a. E.

[47] Windscheid, Pand., § 276; Sintenis, a. a. O., Bd. II, S. 177—178, Anm. 3; Mommsen, mora S. 5 ff.

[48] Mommsen, mora, S. 120 und Anm. 1; Windscheid, a. a. O., § 278 bei und in Anmerkung 13; Sintenis, a. a. O., Bd. II, S. 184.

meinen Meinung keine eigentlichen Verzugszinsen[49]. Zwar heißen sie Wolf und Hahn Verzugszinsen, während Andere sie als stillschweigend verabredete Zinsen betrachtet wissen wollen; allein Wolf gibt ausdrücklich zu, daß durch den Art. 289 keineswegs ausgesprochen werden wollte, daß mit der Nichtzahlung am Fälligkeitstermine auch alle sonstigen Folgen und Wirkungen des Verzuges eintreten sollen, vielmehr sei diese Bestimmung lediglich als eine singuläre in Betreff der Verpflichtung zur Zinszahlung zu betrachten, und Hahn äußert sich zwar hierüber nicht, es liegt aber auch kein Grund vor, ihn für einen Gegner dieser Auffassung zu halten. Was ihn und Wolf bewog, die Bezeichnung Verzugszinsen zu gebrauchen, war lediglich 1) die Meinung, daß, wenn man sie nicht als Verzugszinsen, sondern als stillschweigende Konventionalzinsen betrachten würde, alsdann bei Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren der Zinsenlauf am Verfalltage beginnen müßte, ohne Rücksicht darauf, ob die Papiere zur Zahlung präsentirt worden sind, oder nicht. 2) Die Ansicht, daß, wenn für eine verzinsliche Forderung ein niedrigerer Zinsfuß, als der von 6% stipulirt worden, bloß die Auffassung der nach Art. 289 mit der Fälligkeit eintretenden Zinsen als Verzugszinsen es wirklich rechtfertigen könnte, daß von da an gemäß Art. 287 des Handelsgesetzbuches 6%, also höhere Zinsen als die bedungenen eintreten sollen. Allein zu 2), welcher Punkt übrigens nur theoretische Bedeutung hat, besteht nicht bloß die Alternative, ob Verzugszinsen oder stillschweigend verabredete Zinsen, sondern die richtige Frage ist vielmehr, ob Verzugszinsen oder eine andere Art von gesetzlichen Zinsen. Sieht man sie für letztere an, so liegt auch für den gedachten Fall die innere Rechtfertigung der

---

[49] Wolf in Löhr's Centralorgan, Bd. V, S. 465 und Anm. 2; Laband in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. IX, S. 257; Hahn Kommentar, Bd. II, S. 75—79; siehe auch die Worte in Art. 287, „die Höhe der gesetzlichen Zinsen insbesondere auch der Verzugszinsen."

Anrechnung höherer Zinsen vom Fälligkeitstermine, wenn es je einer solchen Rechtfertigung bedarf, in dem oben § 1, II. 2) Eingangs bemerkten, zu 1) aber kommt in Betracht, daß die Präsentation der Ordre- und Inhaberpapiere auch zugleich ein Erforderniß für die Fälligkeit des Anspruches des jeweiligen Inhabers an den Verpflichteten ist, indem Ersterer, ehe er sich als Besitzer ausweist, gar nicht berechtigt ist und sein kann, mit einer Anforderung gegen den Letzteren aufzutreten (ähnlich wie bei der exceptio non adimpleti contractus). Es bedarf also nicht des Gesichtspunktes der Verzugszinsen, um jene Präsentation als nothwendig erscheinen zu lassen.[50] Sind aber die Zinsen gemäß l. 13, § 20, D. (19, 1) und die Zinsen aus Art. 289 des Handelsgesetzbuches keine Verzugszinsen, sondern eben eine besondere Art gesetzlicher Zinsen, so wird dieß auch bei dem Art. 45 des Einführungsgesetzes anzunehmen sein, da in allen drei Fällen das gemeinsam ist, daß eine Rechtswirkung, welche sonst gewöhnlich erst mit dem Verzuge eintritt, an die Fälligkeit der Forderung, beziehungsweise einen gewissen späteren Zeitpunkt nach dieser Fälligkeit geknüpft ist.

Irre machen darf hiebei nicht der Umstand, daß der Art. 45 Kenntniß des Forderungsbetrages als Voraussetzung der Zinspflicht aufstellt; denn wenn gleich diese Kenntniß bei Gelegenheit der Lehre vom Verzuge, als den Eintritt des letzteren hindernd, erörtert zu werden pflegt[51], so erscheint sie doch auch mit Recht als ein Erforderniß der Fälligkeit, indem der Gläubiger, ehe er sich die Mühe gegeben, den Schuldner von der Größe seiner Forderung zu unterrichten, Zahlung zu erwarten lediglich kein Recht

[50] Wegen der Wechsel siehe Art. 2 des deutschen Handelsgesetzbuches, wonach die Bestimmungen der Wechselordnung maßgebend sind; über die Zinsen der §§ 50 und 51 der Wechselordnung, vgl. besonders württ. Archiv, Bd. XIV, S. 409 ff.

[51] Mommsen, mora, S. 59 ff.; Sintenis, a. a. O., S. 207 „der Schuldner hat keine Verpflichtung, den Betrag zu ermitteln."

hat, und es mithin wahrhaft dolos wäre, wegen unterbliebener Zahlung aus einer früheren Zeit Zinsen zu verlangen. Anders wenn eine gesetzliche Zinspflicht nicht wegen Fälligkeit, sondern auf Grund anderweitiger Umstände, wie als Vergütung für gemachte Auslagen[52] statuirt ist; in letzterem Falle rechtfertigen es wichtige legislative Erwägungen, insbesondere die Schwierigkeit und Unzukömmlichkeit, den Schuldner sofort und in jedem einzelnen Falle von den gemachten Auslagen zu unterrichten, daß die Zinspflicht an den Zeitpunkt der gehabten Auslagen geknüpft wird, ohne Rücksicht darauf, wann die Forderung verfiel und dem Schuldner seine Forderung kundgegeben wurde.

Das Resultat vorstehender Erörterung läßt sich kurz dahin fassen:

Beim Kaufe tritt Zinspflicht, abgesehen von Verabredung ein:

I. in beiderseitigen Handelsgeschäften von Kaufleuten untereinander mit dem Tage, an welchem die Forderung fällig war;

II. in andern Fällen

1. durch Verzug, wobei der Satz gilt: dies interpellat pro homine.

2. durch Uebergabe des Kaufgegenstandes, sofern nur nicht ein eigentlicher Kreditkauf vorliegt; also sowohl beim ausdrücklichen Baarkauf, als beim stillschweigenden Baarkauf, d. h. wenn die Waare verkauft und abgegeben wurde, ohne daß die Zahlungszeit bestimmt wurde, und ohne daß im einzelnen Falle vermöge Usance oder Gewohnheitsrecht stillschweigende Kreditfrist besteht; Forderungen der Handwerker und Kaufleute aber für gelieferte Waaren und gelieferte Arbeit sind beim stillschweigenden Baarkauf

---

[52] **Windscheid, a. a. O. § 259, Anm. 7, Z. 3; Art. 290 des deutschen Handelsgesetzbuches: Hahn, Kommentar Bd. II, S. 79 und 80.**

nicht schon mit der Uebergabe zu verzinsen, sondern erst nach dem Verfluß eines halben Jahres von dieser Uebergabe an, sofern nicht durch Verzug eine frühere Zinsverbindlichkeit begründet wird.

---

## Schadenersatzpflicht wegen Körperverletzung, wenn der Thäter von dem Verletzten gereizt worden.

Von Herrn Rechtsanwalt Schefold in Ulm.

Nach Art. 13 des Gesetzes vom 5. September 1839, betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen, ist im Falle einer fahrlässigen Tödtung, die in diesem Artikel den Hinterbliebenen des Getödteten andernfalls eingeräumte Schadenersatzklage dann ausgeschlossen, wenn der Thäter durch besonders schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen von Seiten des Getödteten zum Zorne gereizt und auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen worden ist, welche den Tod zur Folge hatte. Es ist die Frage entstanden, ob diese Bestimmung auf Körperverletzungen auszudehnen sei und ist diese Frage bekanntlich von Wächter bejaht worden. Es dürfte jedoch eine gegentheilige Auffassung sich begründen lassen und diese Begründung soll in Folgendem versucht werden, wobei es nothwendig sein wird, die Art. 13 und 14 des Gesetzes im Zusammenhang mit dem gemeinen Rechte und aus ihrer Entstehungsgeschichte zu erläutern und zu erklären.

Der Art. 13 des Gesetzes lautet: „Bei Tödtungen ist, wenn die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes war, neben dem Ersatze der Kosten, der Wittwe und den Kindern des Getödteten, sowie überhaupt solchen Personen, welche derselbe zu ernähren verbunden war, wenn und soweit sie durch diese Tödtung ihren Lebensunterhalt verlieren, nach dem Ermessen des Richters

eine Vergütung in einer Aversalsumme oder auf andere Weise zu leisten."

„Der Richter hat hierbei vorzugsweise auf den Stand, das Vermögen und die Bedürfnisse der Beschädigten, auf die Gesundheits-Umstände und die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten, sowie auch auf die Erwerbsfähigkeit und die Thätigkeit desselben Rücksicht zu nehmen."

„Diese Klage findet jedoch nicht Statt, wenn der Thäter, im Falle einer fahrlässigen Tödtung durch besonders schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen von Seite des Getödteten zum Zorne gereizt, und auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen worden ist, welche den Tod zur Folge hatte, (vergl. Art. 247 des Strafgesetzbuches); ingleichen, wenn die Tödtung im Zweikampfe (Art. 201 des Strafgesetzbuches), sowie, wenn die Tödtung auf ernstliches Verlangen des Getödteten (Art. 239 des Strafgesetzbuches) geschehen ist."

Art. 14. „Wegen Körperverletzung ist die Forderung eines Schmerzengeldes unstatthaft. Ist die verletzte Person durch die Mißhandlung verunstaltet worden, so muß bei Zuerkennung des Schadensersatzes in so weit auf diesen Umstand besondere Rücksicht genommen werden, als das bessere Fortkommen dieser Person dadurch verhindert werden kann. Bei Körperverletzungen im Zweikampfe findet keine Entschädigung statt. Im Uebrigen bleibt es hinsichtlich der Erstattung der Kosten und des Schadens wegen Körperverletzung, mit der in dem nachfolgenden Artikel gemachten Ausnahme, bei dem bestehenden Rechte."

Nach dem römischen Rechte der lex Aquilia steht dem freien Menschen, welcher durch eine schuldhafte That an seinem Körper verletzt worden ist, eine Klage auf Ersatz der Kurkosten und auf Entschädigung wegen des entzogenen Erwerbes und der Schmälerung des künftigen Fortkommens zu. — l. 13 pr., l. 7 D. ad. leg. Aqu. (9, 2); l. 3 D. si quadrupes (9, 1); l. ult. D. de his, qui dejec. (9, 3). — Dagegen wird weder für die nachtheiligen

Folgen der Verunstaltung, noch wenn ein freier Mensch getödtet wird, Ersatz geleistet, da der Körper des Freien eine Schätzung nicht zuläßt. — l. ult. l. 1, § 5. D. de his qui dejec. (9, 3). —

Wird aber ein freier Mensch derart verletzt, daß er erst nach einiger Zeit an der Verletzung stirbt, so haftet der Thäter zwar für die dem Verletzten selbst an Kur-Kosten ꝛc. verursachten Nachtheile, aber für Weiteres haftet er nicht. Dieser Satz ist implicite ausgesprochen in l. 7, § 4, D. ad. leg. Aqu. (9, 2):

„Si quis in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non injuriae gratia videtur damnum datum; hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare; in filiofamilias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus; aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit, tunc enim Aquilia cessat."

Denn wenn nach dem Inhalt dieser Stelle Derjenige, welcher einen freien Menschen (nicht im Ringkampf, sondern) widerrechtlich tödtet, ex lege Aquilia haftbar sein soll, so kann sich diese Haftbarkeit Angesichts des in l. 1, § 5 und l. ult. D. de his qui ꝛc. ausgesprochenen Prinzipes nur auf die Kurkosten und den Ersatz des entgangenen Arbeitsgewinnes, also nur auf die dem Verwundeten für seine Person verursachten Schäden beziehen („in vulnerato procedit").

In der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis waren außerdem folgende Ansprüche mehr oder weniger festgestellt: a) ein Anspruch auf Schmerzensgelder, b) eine Klage der Hinterbliebenen des Getödteten auf Gewährung einer Vergütung für den ihnen entgangenen Lebensunterhalt, und c) ein Anspruch auf Ersatz der durch die Körperverletzung bewirkten körperlichen Deformität.

Im Lichte dieser gemeinrechtlichen Normen gewinnen unsere Art. 13 und 14 folgenden Sinn:

Ueber die privatrechtlichen Folgen der Tödtung und Körperverletzung gelten zunächst und im Allgemeinen die in der lex Aquilia begründeten und aus ihr entwickelten Regeln des römischen Rechtes. Hierunter fallen auch die Sätze, daß die Klage des Art. 13 nicht zur Anwendung komme, wenn die Tödtung im Zweikampf, sowie wenn sie auf ernstliches Verlangen des Getödteten geschehen sei, und daß bei Körperverletzungen im Zweikampf keine Entschädigung stattfinde; denn in allen diesen Fällen fehlt es an einem damnum injuria datum. Die in der gemeinrechtlichen Praxis wurzelnden, aber vielfach angefochtenen Rechtsmittel, oben a—c sollen in folgender Weise geordnet sein: Die Hinterbliebenen des Getödteten können eine richterlich zu ermessende Vergütung beanspruchen, bei deren Bemessen der Richter vorzugsweise den Stand, das Vermögen und die Bedürfnisse der Beschädigten, seine Gesundheits-Umstände 2c. zum Maßstab nehmen soll.

Diese Vergütungsklage der Hinterbliebenen soll aber nicht stattfinden, wenn der Thäter im Falle einer fahrlässigen Tödtung durch besonders schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen von Seiten des Getödteten zum Zorne gereizt und auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen worden ist, welche den Tod zur Folge hatte, ferner, wenn die Tödtung im Zweikampf, endlich wenn sie auf ernstliches Verlangen des Getödteten geschehen ist.

Die Forderung von Schmerzensgeldern soll unstatthaft sein; bei Bemessung des Schadensersatzes, wegen Körperverletzung soll auf die Verunstaltung des Verletzten in soweit Rücksicht genommen werden, als das bessere Fortkommen desselben dadurch verhindert werden kann.

Hiernach hat das württembergische Gesetz im Gebiete der privatrechtlichen Folgen, das bestehende Recht (von der Tödtung und Körperverletzung in Raufhändeln soll hier

und im Folgenden abgesehen werden), nur dahin modifizirt und ergänzt, daß es a) den Schadensersatz-Anspruch wegen Deformität für zulässig erklärt, b) die Schmerzensgelder verworfen, c) die Vergütungsklage der Hinterbliebenen eines Getödteten auf feste Regeln gegründet hat. In allen übrigen Beziehungen soll das gemeine Recht gelten.

Insbesondere handelt der Art. 13 nur von der Vergütungsklage der Hinterbliebenen, denn er gedenkt des Ersatzes der Kosten nur nebenher und alle seine einzelnen Bestimmungen passen nur auf jene Klage. Es können daher die Ausnahmen des dritten Absatzes zunächst und unmittelbar nur auf die Vergütungsklage der Hinterbliebenen bezogen werden. Nachdem der zweite Absatz Gesichtspunkte aufgestellt hat, welche schlechthin nur auf die Vergütungsklage der Hinterbliebenen anwendbar sind, beginnt der dritte Absatz: „Diese Klage" — also die Klage der Hinterbliebenen — „findet jedoch nicht statt, wenn"... — Die Ausnahmen des dritten Absatzes können also zunächst und unmittelbar auf die Schadensersatzklage, welche den Ersatz der für den Getödteten aufgewendeten Kurkosten und des ihm entzogenen Arbeitsgewinnes bezweckt, — wir wollen sie im Gegensatz zur Vergütungsklage der Hinterbliebenen die einfache Schadensersatzklage wegen Tödtung nennen, — nicht angewendet werden. Daß diese Klage, also die Schadensersatzklage wegen Tödtung ausgeschlossen ist, wenn die Tödtung im Zweikampf oder auf ernstliches Verlangen des Getödteten geschehen ist, das ergiebt sich aus dem gemeinen Rechte. Daß sie aber auch ausgeschlossen sei, wenn der Thäter im Falle einer fahrlässigen Tödtung durch besonders schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen von Seiten des Getödteten zum Zorne gereizt und auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen worden ist, welche den Tod zur Folge hatte, ist in dem Gesetze selbst nicht ausgesprochen. Das Gesetz handelt dem Bisherigen zufolge nur von der Vergütungsklage der Hinterbliebenen; einer analogen Ausdehnung aber der zunächst

und ausdrücklich nur für diese Klage getroffenen Ausnahme-bestimmungen auf die einfache Schadensersatzklage wegen Tödtung widerstrebt die wesentliche Verschiedenheit der beiden Klagen sowohl ihrem historischen Grund als ihrer rechtlichen Natur nach. Die Vergütungsklage der Hinterbliebenen wurzelt in der gemeinrechtlichen Praxis, die einfache Schadensersatzklage wegen Tödtung im römischen Rechte der lex Aquilia; diese steht dem Verletzten, beziehungsweise seinen Erben als solchen zu, jene seinen Hinterbliebenen (ob sie Erben seien oder nicht); diese geht auf Ersatz eines wirklichen Schadens, jene auf die Leistung einer von dem Richter zu taxirenden Vergütung. Soll daher die Statthaftigkeit einer analogen Ausdehnung der für die Vergütungsklage getroffenen Ausnahme-Bestimmungen auf die einfache Schadens-Ersatzklage wegen Tödtung dargethan werden, so müßte sich erweisen lassen, daß der legislatorische Zweck, welcher diese Ausnahmen hervorgerufen hat, der „Rechtsgrund“ derselben,[1] auch auf die einfache Schadenserklage wegen Tödtung passe. Wird dieser Beweis geführt, wird also bewiesen, daß der juristische Grund auf welchem die Ausnahme-Bestimmungen der Vergütungsklage beruhen, auch für die einfache Schadensersatzklage wegen Tödtung zutreffend sei, dann ergibt sich die weitere Konsequenz von selbst, daß auch Derjenige zu einem Schadensersatze nicht verpflichtet ist, welcher eine Körperverletzung verübt, nachdem er von Seiten des Verletzten durch besonders schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen zum Zorne gereizt, und auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen worden ist, welche die Verletzung zur Folge hatte. Denn wenn Derjenige, welcher einen Andern tödtet, m. a. W. denselben derart an seinem Körper verletzt, daß er stirbt, unter der angeführten Ausnahme des Art. 13 privatrechtlich nach keiner Seite hin haftbar ist, so kann um so weniger Derjenige für

[1] **Wächter, Württemb. Privatrecht, Bd. II, S. 56.**

schadensersatzpflichtig erkannt werden, welcher unter denselben Umständen eine einfache Körperverletzung begeht, also verletzt, ohne zu tödten.

Wächter bemerkt in seiner Abhandlung über das Gesetz vom 5. September 1839[2] zum Art. 14 wörtlich Folgendes:

„Ebenso sagt das Gesetz gar nichts darüber, wie es gehe, wenn der Thäter durch besonders schwere Beleidigungen oder Mißhandlungen von Seiten des Verletzten zum Zorne gereizt auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen wurde, welche die Verletzung zur Folge hatte. Auch hier kann man nicht anders als behaupten, daß eine Ersatzpflicht nicht eintrete, selbst wenn die Verletzung absichtlich zugefügt wurde. Es ist das freilich ein legislativ nicht zu billigendes Resultat, allein es folgt mit Nothwendigkeit aus dem, was bei der Tödtung auf den Antrag im Gesetze bestimmt wurde."

„Denn wenn die Ersatzpflicht ausgeschlossen ist in demjenigen Fall, in welchem durch eine absichtliche Körperverletzung der Tod des Verletzten herbeigeführt wurde, so kann sie doch in der That ganz unmöglich eintreten, wenn die absichtliche Körperverletzung zufällig den Tod nicht zur Folge hatte, — so folgt also schon vermöge des argumentum a majori und aus dem allgemeinen Grundsatz, auf den sich die berührte Bestimmung stützt, mit Nothwendigkeit der aufgestellte Satz."

Wächter geht also von der Voraussetzung aus, daß Derjenige, welcher einen Andern tödtet, nachdem er von ihm in hohem Maße gereizt worden war, privatrechtlich überhaupt nicht hafte. Ist diese Voraussetzung, wie oben zu zeigen gesucht wurde, unrichtig, so kann auch die Schlußfolgerung aus diesem Gesichtspunkte nicht richtig sein. Die Frage, ob die Ausnahmebestimmung des Art. 13 auf einem

[2] Archiv für civ. Praxis, Bd. XXIII, S. 88 ff.; besonderer Abdruck S. 56.

allgemeinen Grundsatz ruht, welcher ihre analoge Ausdehnung ermöglicht, wird aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten unserer Artikel beantwortet werden müssen.

Die Art. 8 und 9 des Entwurfes, welchen die Art. 13 und 14 des Gesetzes entsprechen, lauten: Art. 8: „Bei Tödtungen ist, neben dem Ersatze der Kosten, der Wittwe und den Kindern des Getödteten und überhaupt solchen Personen, welche derselbe zu ernähren verbunden war, nach dem Ermessen des Richters Vergütung zu leisten, soweit sie durch die Tödtung ihren Lebensunterhalt selbst verlieren."

„Der Richter hat hiebei vorzugsweise auf den Stand, das Vermögen und die Bedürfnisse der Beschädigten, und auf die Gesundheitsumstände und die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten Rücksicht zu nehmen."

Art. 9: „In ähnlicher Weise begründet Körperverletzung ohne tödtlichen Erfolg einen Anspruch auf Schadensersatz, ein Schmerzensgeld findet jedoch nicht statt. Ist die verletzte Person durch Mißhandlung verunstaltet worden, so muß insofern auf diesen Umstand besondere Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Forkommen dadurch verhindert sein kann."

Die Motive des Entwurfes bemerken zum Art. 8 im Wesentlichen, daß für die Verbindlichkeit, den durch die Tödtung eines Menschen verursachten Schaden zu ersetzen, gesetzliche Bestimmungen fehlen, indem hier die actio legis Aquiliae nicht stattfinde, daß hingegen die Praktiker die actio legis Aquiliae hier als actio utilis zuzulassen pflegen, und daß es sich für das vorliegende Gesetz empfehle, diese Praxis gesetzlich festzustellen und hiebei dem Richter die Hauptmomente für sein Ermessen an die Hand zu geben.

Zum Art. 9 führen die Motive aus, daß der erste Satz des Artikels nicht nur in der Praxis, sondern auch in den Gesetzen begründet sei, daß der zweite die Bestimmung habe, abweichenden Neigungen der Praxis und

Theorie entgegenzuwirken und daß der dritte durch Zweckmäßigkeitsrücksichten hervorgerufen sei. — Die Kommission der zweiten Kammer der Abgeordneten erklärte sich in ihrem Berichte mit dem Entwurfe darin einverstanden, daß im Falle der Tödtung eine Klage auf Schadensersatz gegeben werde, ohnerachtet die bestehenden Gesetze von einer solchen nichts wissen, weil die Grundsätze des römischen Rechtes auf diesen Fall gar nicht passen. Sie erklärte sich einverstanden, weil sie es für ein Gebot der natürlichen Billigkeit erachtete, daß die Hinterbliebenen des Getödteten von Demjenigen einen billigen Ersatz bekommen, der ihnen den Ernährer geraubt hat. Indem aber die Kommission davon ausgieng, daß man im Begriffe stehe, eine ganz neue Klage in das System der Rechtsmittel einzuführen, erkannte und erklärte sie es als die Aufgabe des Gesetzgebers, das Herrschaftsgebiet der neuen Klage mit der größten Sorgfalt zu bestimmen. In diesem Sinne beantragte sie, die Klage wegen Tödtung auszuschließen,

1) wenn der Thäter nur in culpa levi versirt habe,

2) in folgenden Fällen:

a. im Falle des Art. 235, vergl. mit Art. 248 des Strafgesetzbuches,

b. bei der Tödtung im Zweikampf,

c. im Falle des Art. 238 des Strafgesetzbuches, insbesondere aber,

d. in dem Falle, da der Thäter durch besonders schwere Beleidigungen und Beschimpfungen zum Zorne gereizt auf der Stelle zur That hingerissen worden sei. Zum Art. 9 des Entwurfes beantragte die Kommission, den ersten Satz „In ähnlicher Weise“ 2c. zu verwerfen, da die Ansprüche aus Körperverletzung mit der Klage wegen Tödtung lediglich nichts gemein haben, insofern jene Ansprüche nach dem römischen Rechte zu beurtheilen seien, diese Klage aber ein neues Rechtsmittel sei; die privatrechtlichen Folgen der Körperverletzung könnten überhaupt ganz unberücksichtigt bleiben, wenn es nicht nöthig wäre, in Absicht auf die Ver-

unstaltung und die Schmerzensgelder die richtigen Grundsätze festzustellen.

Bei den Berathungen der 2. Kammer bekämpfte der Regierungskommissär den Kommissionsantrag, der dahin ging, daß die Schadensersatzklage wegen Tödtung auf die Fälle der culpa lata zu beschränken sei; er führte aus, daß dieser Antrag mit dem Prinzip der lex Aquilia im Widerspruch stehe. Ihm traten die Abgeordneten Waaser, Probst und Camerer bei. Der Letztere bemerkte insbesondere, der Kommissionsantrag führe zu der eigenthümlichen Konsequenz, daß Derjenige, welcher verschulde, daß ein vom Dach fallender Ziegel einen Menschen tödte, zum Schadenersatz verpflichtet sei, dagegen nicht hafte, wenn der Ziegel einen Menschen verletze, ohne ihn zu tödten.

Gegen die Ausführung des Regierungskommissärs und der ihm zustimmenden Abgeordneten bemerkten die Abgeordneten von Linden, Knapp und Andere, der Kommissionsantrag komme mit den Prinzipien des bestehenden Rechtes darum in keinen Widerspruch, weil die Klage, um die es sich handle, ein ganz neues und den aquilischen Klagen nicht ähnliches Rechtsmittel sei; wenn man aber die Konsequenz nicht ertragen wolle, die Camerer gezogen habe, so möge man eben auch das gemeine Recht über die privatrechtlichen Folgen der Körperverletzung einer Revision unterwerfen.

Der erste Antrag der Kommission ist verworfen worden.

Bei der Berathung des zweiten Antrages, die Schadensersatzklage wegen Tödtung in dem Falle des Art. 247 (265) des Strafgesetzbuches auszuschließen, bemerkte der Vertreter der Regierung, daß er zwar mit dem in diesem Antrag enthaltenen Prinzip, wornach der Beschädigte, welcher in illicito versirt habe, keinen Ersatz beanspruchen könne, einverstanden sei, daß er aber die spezielle, jenes Prinzip nicht vollständig zum Ausdruck bringende Fassung des Antrages nicht billigen könne. Dagegen sagt von Gmelin, die Kommission habe nicht den im positiven Recht

begründeten Fall der Nothwehr im Auge, sondern bezwecke, einen neuen Rechtssatz in das positive Recht einzuführen. — Ebenso bemerkte Scheurlen, „daß es sich hier doch eigentlich von einem neuen Institute handle.“ Hierauf ist der Antrag ohne weitere bemerkenswerthe Debatte angenommen worden.

Ingleichen ist die Annahme aller andern Anträge der Kommission ohne Widerspruch erfolgt. Die erste Kammer hat den Beschlüssen der zweiten ohne weiteres ihre Zustimmung gegeben.

Hienach hat der Verfasser des Entwurfes und der Motive durch seine Bemerkung zu Art. 8, daß für die Verbindlichkeit, den durch die Tödtung eines Menschen verursachten Schaden zu ersetzen, im positiven Rechte Bestimmungen fehlen, und daß der Art. 8 dazu bestimmt sei, diese Lücken des bestehenden Rechtes zu ergänzen, deutlich zu erkennen gegeben, daß in seinem Sinne der Art. 8 nur bestimmt sei, die besondere, dem römischen Rechte nicht bekannte Klage der Hinterbliebenen zu normiren. Der Standpunkt der Kommission ist derselbe, denn sie bemerkt, daß sie die Feststellung einer Klage wegen Tödtung billige, ohnerachtet die bestehenden Gesetze von einer solchen Klage Nichts wissen. Der Abs. 3 des Art. 13 entstammt den Anträgen der Kommission. Diese hat die Ausnahmen des dritten Absatzes in der deutlich begründeten Absicht vorgeschlagen, die nach ihrer Annahme im geltenden Rechte nicht begründete, in das positive Recht neu einzuführende Vergütungsklage der Hinterbliebenen nach allen Richtungen zu begrenzen, und auf diese Art die Konzession, welche der natürlichen Billigkeit durch die Aufnahme jener Klage gemacht sei, wiederum mit aller Sorgfalt einzuschränken. Dieß war der legislatorische Zweck der zum Art. 8 des Entwurfes vorgeschlagenen und in den Art. 13 des Gesetzes aufgenommenen Ausnahmebestimmungen. Die Rücksicht auf die natürliche Billigkeit war der Grund, die Vergütungsklage der Hinterbliebenen im Art. 13 gesetzlich fest-

zustellen; die Ausnahmen aber wurden beschlossen, weil man sich davor scheute, die Vergütungsklage der Hinterbliebenen, dieses neue, eigenthümliche Rechtsmittel einfach den Prinzipien des gemeinen Rechtes unterzuordnen.

Hiernach dürfte dargethan sein, daß die Ausnahmebestimmungen des Art. 13, soweit sie nicht das gemeine Recht wiederholen, gar nicht auf einem „allgemeinen Grundsatz" beruhen, sondern auf einem ganz eigenthümlichen exzeptionellen Grunde, auf einem solchen, der selbstredend jede Analogie ausschließt.

In der württemb. Doktrin und Praxis ist meines Wissens die Frage, ob der Art. 13 unseres Gesetzes auf die Schadensersatzansprüche wegen Tödtung im Allgemeinen, oder nur auf die besondern Ansprüche der Hinterbliebenen anwendbar sei, noch nicht näher untersucht, sondern ohne nähere Prüfung im ersteren Sinne entschieden worden. Diese Entscheidung führte dann ganz von selbst zu der Konsequenz Wächters, daß die Ausnahmebestimmungen des Art. 13, so weit sie nicht im Art. 14 wiederholt sind, analog auf denselben auszudehnen seien. Wenn nun unter der Herrschaft des württ. Strafgesetzbuches im Strafurtheil festgestellt wurde, daß der Thäter durch besonders schwere Beleidigungen oder Mißhandlungen von Seiten des Verletzten zum Zorne gereizt auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen worden sei, welche die Verletzung zur Folge hatte, so mußte der Verletzte seiner oft so begründeten Schadensersatzansprüche verlustig gehen.

Unter dem heutigen Strafrecht kann eine Feststellung in dem gedachten Sinne nicht mehr erfolgen, da in dem Reichsstrafgesetzbuche eine entsprechende Bestimmung nicht enthalten ist. Die praktische Bedeutung der aufgeworfenen Frage hat sich aber dadurch nur gesteigert: Denn wenn heutzutage Derjenige, welcher wegen Körperverletzung verurtheilt worden ist, auf die Schadensersatzklage des Verletzten erwidert, daß er von dem Kläger in hohem Maße gereizt worden sei, so ist der Civilrichter genöthigt, über

dieselbe That, welche vom Strafrichter schon einmal untersucht, und festgestellt worden ist, zum zweiten Male Beweis einzuziehen. Daß aber die Einrede des Beklagten, daß er von dem Kläger auf die mehrgedachte Art gereizt worden sei, auch in dem heutigen Rechte noch zulässig ist, kann nicht bezweifelt werden; denn der Art. 13 steht mit dem württ. Strafgesetzbuche nur in dem äußerlichen Zusammenhang, daß die Strafbestimmungen desselben zu den einzelnen Bestimmungen des Art. 13 den Anlaß gegeben haben.

---

# Fragmente.

## Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals und des Landesoberhandelsgerichtes in Civilsachen.

### Mit Bemerkungen.

(Von Kübel.)

---

### I. Obertribunal.

#### Civilrecht.

1) Nachbarrecht; Anwendbarkeit des Art. 60 der Bauordnung vom 6. Oktober 1872 auf ein vor dem Eintritt ihrer Wirksamkeit ohne die erforderliche polizeiliche Erlaubniß errichtetes Bauwesen.

Die K. Hofdomänenkammer besitzt auf Mundelsheimer Markung einen Weinberg. Unmittelbar an der Grenze desselben errichtete der Adlerwirth H. v. O. ohne polizeiliche Erlaubniß ein Weinberghäuschen mit einer auf das Eigenthum der Hofdomänenkammer sich öffnenden Eingangs-

thüre. Auf Klage der Hofdomänenkammer wurde am 3. Sept. 1872 von dem Oberamt Marbach verfügt, daß H. entweder das Häuschen binnen acht Tagen entferne oder um Bauerlaubniß einkommen müsse, und nach dem die von H. hiegegen erhobene Beschwerde in allen Instanzen verworfen worden, bat H. im November 1872 um nachträgliche Ertheilung der baupolizeilichen Erlaubniß. Ehe hierauf Verfügung getroffen war, trat mit dem 1. Januar 1873 die neue Bauordnung vom 6. Oktober 1872 in Wirksamkeit, worauf das Oberamt Marbach am 4. Januar 1873 verfügte, daß H. nach Art. 77 Ziff. 3 der neuen Bauordnung keiner polizeilichen Erlaubniß mehr bedürfe, die dem Gesuche zu Grund liegenden nachbarrechtlichen Bestimmungen des Art. 60 der Bauordnung dagegen zur Kompetenz der bürgerlichen Gerichte gehören. In Folge dessen erhob die K. Hofdomänenkammer Klage bei der Civilkammer des Kreisgerichtshofes in Heilbronn auf Entfernung des Weinberghäuschens von der Grenze des hofkammerlichen Weinberges um den im Art. 60, Abs. 2 Satz 2 der Bauordnung vorgeschriebenen Abstand. Diese Klage wurde in oberster Instanz für gegründet erkannt und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe zu dem Obertribunalsurtheil:

Die Klägerin stützt sich für ihren Anspruch auf Entfernung des Häuschens um den nach der Höhe desselben sich bemessenden Abstand in erster Linie auf die in Art. 60 der neuen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 enthaltene Eigenthumsbeschränkung [1]. Die neue Bauordnung ist zwar

[1] Der Art. 60 der neuen allg. Bauordnung vom 6. Oktober 1872 lautet: „Bei der Errichtung neuer Gebäude außerhalb des geschlossenen Wohnbezirkes oder Ortsbauplanes ist der Bauende verbunden, zu Gunsten landwirthschaftlich benutzter Nachbargrundstücke eine angemessene Entfernung von der Eigenthumsgrenze einzuhalten."

„Das Maß dieser Entfernung wird durch das Ortsbaustatut bestimmt. In Ermanglung einer solchen Bestimmung muß die Entfernung zwischen den einander zunächst gelegenen Punkten des Gebäudes und des nachbarlichen Grundstückes wagrecht gemessen der

nach Art. 95 erst mit dem 1. Januar 1873 in Wirksamkeit getreten, während das in Frage stehende Weinberghäuschen schon vor dieser Zeit erbaut war; deßungeachtet ist jene Gesetzesbestimmung auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

Daß der Bau Seitens des Beklagten von Anfang an ohne die erforderliche baupolizeiliche Erlaubniß errichtet wurde, ist unbestritten und durch die Entscheidung der baupolizeilichen Behörde festgestellt. Da nun nach den, von den baupolizeilichen Behörden anerkannten Grundsätzen des damals in Geltung gewesenen Rechtes ein solches Häuschen ohne polizeiliche Erlaubniß überhaupt nicht gebaut werden durfte, so klebte dem Bauwesen der Mangel des rechtlichen Bestandes von Anfang an und in so lange an, als dieser Mangel nicht durch nachträgliche Beibringung der Erlaubniß beseitigt wurde. Diese Erlaubniß wurde bis zu dem Moment, in welchem die neue Bauordnung in Wirksamkeit trat, nicht beigebracht. Der Beklagte brachte zwar, nachdem ihm auf Klage der K. Hofdomänenkammer durch Ausspruch der Baupolizeibehörde aufgegeben war, das Häuschen binnen 8 Tagen zu entfernen, oder nachträglich um Baukonzession nachzusuchen, noch ein solches Gesuch an, dasselbe war aber von keinem Erfolge mehr begleitet und daher die Sache am 31. Dezember 1872 so, daß in dem Weinberg des Beklagten ein Häuschen faktisch stand, das eine rechtlich anerkannte Existenz nicht hatte, welches also auf der Stelle zu belassen, worauf es errichtet worden, der Beklagte nicht befugt war.

Wandhöhe der dem nachbarlichen Grundstücke gegenüber stehenden Trauf- oder Giebelseite des Gebäudes gleichkommen."

„Dieselben Grundsätze gelten auch bezüglich der Erhöhung bereits bestehender, außerhalb des geschlossenen Wohnbezirkes oder des Ortsbauplanes belegener Gebäude."

„Unter den im Abs. 1 enthaltenen Voraussetzungen ist der Bauende verbunden, sein Grundstück insoweit und in der Art einzufriedigen, als es zum Schutze des nachbarlichen Eigenthums erforderlich ist."

Nun fiel zwar mit dem 1. Januar 1873 gemäß dem Art. 77 der an diesem Tage in Wirksamkeit getretenen neuen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 das bisherige Erforderniß einer Konzession für Erbauung eines solchen Häuschens allerdings hinweg. Aber in demselben Momente, mit welchem dieses Erforderniß wegfiel, waren alle übrigen Bestimmungen der neuen Bauordnung ebenfalls in Wirksamkeit getreten. Wenn daher der Art. 77 auf das fragliche Häuschen Anwendung zu finden hatte, so mußte auch der Art. 60 auf dasselbe angewendet werden, dessen innerer Zusammenhang mit der Konzessionsaufhebung in Art. 77 überdieß sich von selbst aufdrängt. Mit anderen Worten: da das in dem Mangel der Konzession gelegene Hinderniß der Entstehung des Rechtes des Beklagten auf die Belassung des Häuschens erst durch die neue Bauordnung wegfiel, diese Bauordnung aber in demselben Moment mit allen ihren Bestimmungen in Wirksamkeit trat, so konnte der Beklagte das Recht auf Belässung des Häuschens nur mit der in dem Art. 60 festgesetzten Beschränkung, nämlich nur, wenn und soweit der dort bestimmte Abstand von der Grenze eingehalten war, erwerben. Daß es für den Civilrichter unerheblich sei, ob unter der Herrschaft des alten Rechtes ein Gebäude, weil ohne Konzession, mit Unrecht errichtet und ob dessen Entfernung von der Baupolizeibehörde sogar bereits verfügt gewesen, konnte nicht anerkannt werden; denn durch alles dieses entstand zwar damals für den Nachbar kein Privatrecht auf die Entfernung jenes Gebäudes, aber da der Erbauer desselben unter dem alten Rechte keine Befugniß zu dessen Belassung erlangt hatte und dieses Recht erst durch den Art. 77 der neuen Bauordnung erlangen konnte, der Art. 77 aber nur zugleich mit dem Art. 60 derselben anwendbar wurde und dieser ein Privatrecht des Nachbars auf einen gewissen Abstand gegenüber der keiner Konzession bedürftigen Errichtung eines Gebäudes oder, was diesem gleichsteht, der keiner Konzession bedürftigen Belassung eines früher ohne

Berechtigung errichteten Gebäudes festsetzte, so erschien es für den Civilrichter erheblich und entscheidend, daß im vorliegenden Falle der Beklagte bis zum 1. Januar 1873 kein Recht erworben hatte, das Häuschen da, wo er es erbaut, stehen zu lassen. Es war also schon nach der bisherigen Ausführung der, auf Art. 60 der neuen Bauordnung gestützte, Klageanspruch der Klägerin an sich anzuerkennen.

Auf dasselbe Ergebniß kam man auch durch eine andere Erwägung. Nach Art. 95 der neuen Bauordnung ist die alte Gesetzgebung einfach aufgehoben und ausgesprochen, daß das neue Gesetz mit dem 1. Januar 1873 in Wirksamkeit trete, ohne daß Uebergangsbestimmungen in Betreff bereits anhängiger Baustreitigkeiten gegeben sind. War hiernach das bisherige Recht mit dem 1. Januar 1873 vollständig, von einigen nicht hieher gehörigen Ausnahmen abgesehen, außer Geltung gesetzt, so konnte die Absicht des Gesetzgebers nur dahin gegangen sein, daß auf Baufälle, welche bei dem Beginne des 1. Januar 1873 zwar bereits anhängig, aber noch nicht erledigt waren, von diesem Tage an nicht mehr das alte Recht, sondern die jetzt allein noch geltende neue Bauordnung anzuwenden sei. Nun war in dem vorliegenden Falle bei dem Beginn des 1. Januar 1873 die Frage, ob dem Beklagten auf das von ihm eingereichte Gesuch die Baukonzession zu ertheilen, also ob ihm von Baupolizeiwegen zu gestatten sei, das Häuschen auf der Stelle zu belassen, wo es errichtet worden, noch nicht entschieden, somit die Sache noch anhängig. Folglich war auf diesen zwar anhängigen, aber noch nicht entschieden, somit die Sache anhängig. Folglich war auf diesen zwar anhängigen, aber noch nicht erledigten Baufall die neue Bauordnung mit ihren Artikeln 77 und 60 anzuwenden; denn es bestand vom 1. Januar 1873 außer ihr kein anderes Recht, welches hätte angewendet werden können. Daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, es solle für die auf den 1. Jan. 1873 übergegangenen anhängigen

und noch unerledigten Baufälle gar kein Recht bestehen, war selbstverständlich nicht anzunehmen. Der Beklagte hat sich zwar für den Fall der Anwendbarkeit des Art. 60 dem Anspruch der Klägerin gegenüber auf den Art. 72 der neuen Bauordnung berufen, indem er geltend machte, daß er bei Errichtung des Häuschens im guten Glauben gewesen sei; allein auf diesen Artikel konnte sich Beklagter schon deßhalb nicht berufen, weil derselbe einen vom vorliegenden ganz verschiedenen Fall im Auge hat, nämlich den Fall, wenn der Eigenthümer die Grenze seines Eigenthums bei seinem Bau überschritten hat, und weil der Beklagte selbst behauptet, daß er das Häuschen in Frage ausschließlich auf seinem eigenen Grund und Boden errichtet habe. Zu einer analogen Anwendung des Artikels auf den vorliegenden Fall fehlen die Voraussetzungen einer solchen.

**Entscheidung des Obertribunals vom 6. November 1873 in der Berufungssache K. Hofdomänenkammer c. Hermann.**

2) Nachbarrecht; Anwendung des Art. 72 der Bauordnung vom 6. Oktober 1872 auf eine vor dem Eintritt ihrer Wirksamkeit erfolgte Ueberbauung fremden Grund und Bodens.

J. F. Reihlen von Stuttgart verkaufte am 10. März 1870 an J. A. Sauters daselbst einen ihm gehörigen und an weiteres Eigenthum des Reihlen anstoßenden Bauplatz, welcher sodann im Jahre 1870 von Sauters überbaut wurde. Im April 1872 verkauften die Erben des inzwischen verstorbenen J. F. Reihlen die an Sauters angrenzende Liegenschaft an die Gebr. Thalheimer in Stuttgart. Zugleich theilten die Reihlen'schen Erben den Letzteren mit, daß Sauters einen Theil der den Verkäufern gehörigen und nun an die Gebr. Thalheimer verkauften area mehr oder weniger überbaut habe und den Käufern die den Verkäufern wegen dieser Ueberbauung gegen Sauters zustehenden Ansprüche mit allen Rechten und Klagen abgetreten werden. In Folge dessen erhoben die Gebr. Thalheimer Klage gegen Sauters auf Entfernung der Ueber-

bauten und Ersatz des entstandenen und noch entstehenden Schadens.

Beklagter Seits wurde unter Anderem eingewendet, daß dem Anspruch der Art. 72 der neuen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 entgegenstehe[1], indem der Beklagte vollkommene Entschädigung für jede wirkliche Ueberbauung anbiete und hierdurch das Eigenthum erwerbe, wogegen klägerischer Seits geltend gemacht wurde, daß die neue Bauordnung keine Anwendung finde, weil die Ueberbauten schon im Jahre 1872 stattgefunden hätten, und neue Gesetze nur dann rückwirkende Kraft haben, wenn ihnen solche von dem Gesetzgeber ausdrücklich beigelegt worden sei. Von dem Obertribunal ist jedoch die Einrede für begründet erkannt und dieß folgendermaßen begründet worden:

Der auf Entfernung der von dem Beklagten ausgeführten Ueberbauten gerichteten Eigenthumsklage setzen die Beklagten die Einrede aus dem Art. 72 der neuen allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 entgegen.

Diese Gesetzesbestimmung ist zwar erst mit dem 1. Januar 1873 in Wirksamkeit getreten; allein dieselbe findet, obwohl jene Ueberbauten schon im Jahre 1870 vorgenommen worden sind, dennoch auf solche Anwendung.

Der Art. 72 enthält nämlich eine gesetzliche Beschränkung des Eigenthums, sofern im Falle des Ueberbauens von fremdem Grund und Boden der Eigenthümer des letzteren beim Zutreffen der sonstigen Voraussetzungen jenes Artikels nicht unbedingt auf Entfernung der Ueberbauten zu dringen berechtigt, vielmehr dem Ueberbauenden gestattet ist, einer Klage auf Entfernung der Ueberbauten durch Reichung der vollen Entschädigung sich zu entziehen. Ganz

[1] Der Absatz 1 des Art. 72 der Bauordnung vom 6. Oktober 1872 lautet: „Hat der Eigenthümer eines Grundstückes bei der Aufführung eines Baues ohne Widerspruch des Nachbars in gutem Glauben die Grenze seines Eigenthums überschritten, so geht auf ihn das Eigenthum des überbauten Grundes gegen volle Entschädigung des Nachbars über."

ähnlich verhält es sich nach gemeinem Rechte in dem von den Rechtslehrern unter den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen aufgeführten Falle der Verbauung von fremdem Material in ein Gebäude, sofern der Eigenthümer jenes Materiales solches nicht vindiziren darf, sondern nur einen Entschädigungsanspruch auf das Doppelte hat.[2] Wird nun durch ein Gesetz eine neue Eigenthumsbeschränkung eingeführt, so findet dasselbe auf alle diejenigen Fälle, in welchen die thatsächlichen Bedingungen dieser Eigenthumsbeschränkung vorhanden sind, Anwendung, ohne Rücksicht darauf, ob das Eigenthumsrecht vor oder nach der Wirksamkeit jenes Gesetzes erworben worden ist. Denn ein solches Gesetz hat das Dasein des Eigenthums, also den Umfang und die Wirksamkeit desselben zum Gegenstand. Diese sind aber nach den jeweilig bestehenden Gesetzen zu beurtheilen. Wird daher die Wirksamkeit des Eigenthumsrechtes durch ein neues Gesetz beschränkt, so kann der Eigenthümer, auch wenn sein Eigenthumsrecht schon vor diesem Gesetze begründet war, dasselbe nur noch insoweit zur Geltung bringen, als das neue Gesetz es gestattet.[3]

Geht man aber auch davon aus, daß, da der Beklagte schon vor der Wirksamkeit der neuen Bauordnung das Eigenthum der Kläger verletzt hat und dadurch diesen zur Herausgabe ihres Eigenthums verpflichtet worden ist[4], es sich um ein vor jenem Zeitpunkte wohl erworbenenes Recht der Kläger handle und solches daher an sich der Herrschaft des neuen Gesetzes entzogen sei, so muß doch nach den Motiven und dem Zwecke der in dem Art. 72 der neuen Bauordnung getroffenen Bestimmung angenommen werden, daß dieselbe auch solche wohl erworbenen Rechte gegen volle

[2] **Windscheid, Pand., Bd. I, § 169, bei Note 23; Arndts, Pand., § 131 Anm.**

[3] **Savigny, System., Bd. VIII, S. 421, 531 vgl. mit S. 517; Unger, System des österr. Privatrechtes, Bd. I, S. 135 bei und in Note 26, S. 136.**

[4] **Zu vergl. Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 298.**

von aus, daß der Grundsatz des römischen Rechtes, daß der Nachbar auch in dem Falle, wenn der Bauende in gutem Glauben mit dem Bau die Grenze überschritten habe, die Entfernung des Ueberbaues verlangen könne, mit der natürlichen Billigkeit unvereinbar sei, indem diese Entfernung in den meisten Fällen für den Ueberbauenden mit einem Verluste verknüpft sei, welcher zu dem dem Nachbar zugehenden geringfügigen Nachtheil außer allem Verhältniß stände.[5] Das Verlangen, solche Ueberbauten zu beseitigen, wurde mithin als etwas Chikanöses und darum Verwerfliches angesehen, es wollte daher unter den in dem Art. 72 angegebenen Voraussetzungen überhaupt nicht mehr zugelassen werden. Diese Absicht des Gesetzgebers wäre aber nur unvollständig erreicht worden, wenn jener Artikel auf Bauwesen zu beschränken wäre, die nach dem 1. Jan. 1873 errichtet worden sind. Denn, zieht man in Betracht, daß namentlich in den größeren Städten, wo die Anwendbarkeit des Art. 72 von besonders praktischem Interesse ist, in der dem 1. Januar 1873 unmittelbar vorangegangenen Zeit eine Reihe neuer Bauten ausgeführt worden ist, so könnte noch gar häufig von den Nachbarn aus gewinnsüchtigem Interesse der Versuch gemacht werden, die Entfernung von Ueberbauten, welche in jene Zeit fallen, zu beantragen und dadurch einen schon länger bestehenden Besitzstand zu gefährden. Letzteres würde aber, zumal in einem Falle, wie in dem vorliegenden, wo der Nachbar mehr als ein Jahr gegen die Ueberbauten keinerlei Einsprachen erhoben, ja sogar zu denselben stillschweigend zugestimmt hat, doppelt hart wirken. Es läßt sich daher nicht annehmen, daß der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Art. 72 auf die namhafte Zahl von denjenigen am 1. Jan. 1873 bereits bestehenden Gebäuden, bei welchen es sich um die Entschädigung des Berechtigten aufheben wollte. Denn der Gesetzgeber ging bei der Erlassung jener Bestimmung da-

[5] **Bitzer**, die neue allgem. Bauordnung, S. 599 ff.

Entfernung von Ueberbauten noch handeln kann, ausschließen wollte. Die rückwirkende Kraft auf den gegenwärtigen Fall kann jener Gesetzesbestimmung auch nicht deßhalb abgesprochen werden, weil dieser zur Zeit der Wirksamkeit der neuen Bauordnung bereits rechtshängig gewesen ist. Denn das rückwirkende Gesetz ist auf alle diejenigen Fälle anzuwenden, über welche noch kein Urtheil ergangen ist [6]. Das Urtheil des vorigen Richters ist aber lange nach dem 1. Januar 1873 gefällt worden.

Daß der Beklagte die Ueberbauten ohne Widerspruch des Eigenthümers des überbauten Grund und Bodens ausgeführt hat, ist unbestritten. Es kann aber auch unter den obwaltenden Umständen nicht bezweifelt werden, daß der Erblasser der Beklagten in gutem Glauben gewesen ist, d. h. angenommen hat, zur Herstellung der Ueberbauten berechtigt zu sein. . . . Treffen sonach die Voraussetzungen des Art. 72 der Bauordnung zu, so ist der Beklagte berechtigt, von dem Rechte dieses Artikels, das Eigenthum des von ihm überbauten Grundes, welcher dem Rechtsvorfahrer der Kläger gehört hat, gegen volle Entschädigung zu erwerben, Gebrauch zu machen.

**Entscheidung des Obertribunals vom 26. Januar 1874 in der Berufungssache der Gebr. Thalheimer c. Sauters.**

3) Vertrag über die Vertheilung einer Wasserkraft; Verbindlichkeit für die Rechtsnachfolger.

Daniel Beiselen in Ulm besaß mehrere an dem Blauflusse gelegene Wasserwerke und zwar eine an der rechten Seite der Blau gelegene Lohmühle mit zwei Lohgängen und eine an der linken Seite gelegene Stampf- und Sägmühle. Am 20. März 1815 verkaufte derselbe „für sich und seine Erben" die Lohmühle an die Rothgerbermeister zu Ulm der Art, daß diese und ihre Erben und Nachkom-

[6] **Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 187; Windscheid, Pand. § 33 bei Note 2 und 3; Savigny, System, Bd. VIII, S. 510 ff.**

men die künftigen Eigenthümer dieser Mühle sein sollten. Dabei machte sich der Verkäufer Beiselen für sich, seine Erben und Nachkommen, überhaupt für jeden künftigen Besitzer der ihm verbleibenden Werke zu ewigen Zeiten verbindlich, auf keinem derselben jemals ohne Einwilligung der sämmtlichen Eigenthümer der jetzt verkauften Lohmühle für sich oder Jemand anders eine Lohmühle einzurichten. Ueber die Benutzung und Vertheilung des Wassers aber wurde in dem § 6 des Vertrages des Näheren bestimmt, daß den beiden Lohgängen zu gewissen Tageszeiten das Vorrecht zum Wasser gebühre und der Verkäufer dasselbe zu seinen Werken nur in der übrigen Zeit, und soweit es zum Betriebe der beiden Lohgänge nicht erforderlich, benützen dürfe. Ueber den Kaufvertrag ist gerichtlich erkannt worden. Die Lohmühle kam später im Wege der Singularrechtsnachfolge an Julius Mayer und Genossen, die Säg- und Stampfmühle an den Zimmermeister Kirschmer. Zwischen diesen Wasserwerksbesitzern entstanden nun Differenzen über die Benützung des Wassers, indem Kirschmer die dießfälligen Bestimmungen des Vertrages vom 20. März 1815 als für ihn verbindlich nicht anerkannte, da der Vertrag nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen den damaligen Kontrahenten begründet habe. Mayer und Genossen erhoben daher gerichtliche Klage gegen Kirschmer, worin gebeten wurde, auszusprechen, daß der Beklagte das Wasser nur nach Maßgabe des Vertrages von 1815 zu benützen berechtigt sei und demgemäß von Ostern bis Michaelis von Anbruch des Tages bis zum Eintritt der Nacht und von Michaelis bis Ostern von Morgens 6 bis Abends 6 Uhr nicht befugt sei, irgend eines seiner Werke in Betrieb zu halten, wenn das Wasser nicht während des Betriebes noch über die Eichdielen falle. Zur Begründung wurde geltend gemacht, daß dem Daniel Beiselen in Beziehung auf die Benützung des Wassers der Blau ein dingliches Recht zugestanden sei und er solches durch den Vertrag von 1815 unter den Wasserwerken nur vertheilt habe, die Berechtigung zur Be-

nützung des Betriebswassers somit eine Zubehörde der Lohmühle gebildet habe und mit dieser verkauft worden sei, weßhalb die Klage nicht auf ein obligatorisches Verhältniß, sondern auf ein der Lohmühle zustehendes dingliches Recht gerichtet sei. Die Klage wurde für gegründet erkannt und besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Das Wasserbenützungsrecht des Daniel Beiselen, wie er solches vor dem Vertrage von 1815 für alle seine Wasserwerke besessen hat, kann, angenommen auch, es sei seinem Ursprunge nach aus einer Verleihung der Staatsgewalt hervorgegangen, wie auch das öffentliche Recht Realrechte kennt, nach allen Umständen nur ein reales gewesen sein, indem es dem Betriebe jener Wasserwerke diente, eine Bedingung ihres Betriebes, von den gedachten Werken unzertrennlich war und daher mit Nothwendigkeit anzunehmen ist, daß es mit diesen verknüpft und nicht bloß an die Person des Daniel Beiselen gebunden war. Durch den Vertrag vom 20. März 1815 hat aber Daniel Beiselen das mit seiner Lohmühle verbundene Wasserbenutzungsrecht in der durch diesen Vertrag bestimmten Weise auf die Käufer dieser Mühle mit dieser übertragen und hat diese Veräußerung der Lohmühle an dritte Personen eine Regulirung und Vertheilung der Benützung der fraglichen Wasserkraft nothwendig gemacht. Das übertragene Mitbenützungsrecht war ein Theil des dem Daniel Beiselen ursprünglich zugestandenen Realrechtes, es hat durch die Veräußerung und Uebertragung seinen ursprünglichen realen Charakter nicht verloren, ja es mußte denselben aus den so eben angegebenen Gründen nach der Natur des in Rede stehenden Verhältnisses nothwendig beibehalten, da es für jeden Besitzer der Lohmühle, von Interesse, für jeden unentbehrlich ist, den Besitz derselben und deren Betrieb bedingt, mit derselben in einem unzertrennlichem Zusammenhang steht. Hiezu kommt, daß in dem Vertrage von 1815 davon die Rede ist, daß derselbe für die Erben und Nachkommen

der Käufer abgeschlossen sei, daß sich Daniel Beiselen in der Ziffer 4 desselben für seine Erben und Nachkommen, überhaupt für jeden künftigen Besitzer sämmtlicher ihm verbleibender Werke verbindlich gemacht hat und daß es in der direkt hieher bezüglichen Ziff. 6 heißt, das Vorrecht zum Wasser gehöre den beiden Lohgängen von Ostern bis Michaelis. Auf diese Weise ließ die ganze Natur des Vertrages und dessen Zweck an mehr als einer Stelle unwillkürlich von selbst den realen Charakter des durch ihn geschaffenen Rechtsverhältnisses hervortreten und ist dieß ein weiterer Beweis für den letzteren.

Von Anfang an war also dieses Verhältniß ein reales und ist als solches mit der Lohmühle auf deren späteren Erwerber übergegangen. Wollte man indessen in Erwägung, daß es durch den Vertrag von 1815 zwischen den Besitzern der betreffenden Wasserwerke zum privatrechtlichen geworden ist, auch von der Nothwendigkeit des Hinzutrittes des gerichtlichen Erkenntnisses ausgehen, so ist ja, wenn auch später, über den gedachten Vertrag erkannt worden, und, da die Ziff. 6 des Vertrages gleich andern Bestimmungen von ähnlicher Beschaffenheit einen sehr richtigen und hervorstechenden Bestandtheil desselben gebildet hat, anzunehmen, daß jenes gerichtliche Erkenntniß sich auch auf die Ziff. 6 erstreckt hat, denn bei einem Vertrage von dieser Art können nicht bloß die Kaufsobjekte und der Kaufpreis Gegenstand der gerichtlichen Prüfung und Kognition gewesen sein, sondern müssen auch die übrigen Punkte, die bei diesem Vertrage den Hauptinhalt des Rechtsgeschäftes mit ausgemacht haben, von selbst die Aufmerksamkeit der erkennenden Behörde auf sich gezogen haben, die über den Vertrag nicht, wie geschehen, hätte erkennen können, wenn sie die bedeutungsvolle Ziff. 6 desselben zu beanstanden Willens gewesen wäre.

Ist hienach durch diese Vertragsbestimmung zwischen Daniel Beiselen und den Käufern der Lohmühle, sowie

deren beiderseitigen Rechtsnachfolgern, in Ansehung der in Rede stehenden Benützung des Wassers der Blau ein reales Verhältniß begründet worden, so ist nunmehr auch der Beklagte, als jetziger Besitzer der dem Daniel Beiselen verbliebenen Wasserwerke, verbunden, die durch jene Ziff. 6 regulirte Benützung und Theilung der betreffenden Wasserkraft einzuhalten.

**Entscheidung des Obertribunals vom 23. Februar 1874 in der Berufungssache Kirschmer c. Mayer und Gen.**

4) Retentionsrecht des Pfandgläubigers wegen nicht versicherter Forderungen.

Ein Unterpfandsgläubiger verweigerte nach erfolgter Bezahlung der Pfandschuld die Herausgabe des Pfandscheines, indem er gegen die auf Herausgabe des Pfandscheines gerichtete Klage einwandte, daß er an den vormaligen Pfandschuldner noch eine weitere Forderung habe, wofür eine Sicherheit nicht bestellt sei, und ihm gemäß der est. un. Cod. etiam ob chirographariam (8, 27) wegen dieser unversicherten Forderung ein Retentionsrecht an den für die andere Forderung bestellten Unterpfändern zustehe, deren zur Geltendmachung dieses Ratentionsrechtes erforderliche Besitz durch den Besitz des Pfandscheines vertreten werde. Es sei daher der Gläubiger vor Bezahlung der unversicherten Schuld zur Herausgabe des Pfandscheines nicht verbunden. Das Kreisgericht erachtete jedoch diese Einwendung nicht für gegründet und verurtheilte den Beklagten zur Herausgabe des Pfandscheines, weil das erwähnte den Besitz des Pfandes voraussetzende Gesetz eine Singularität sei und auf andere Objekte nicht ausgedehnt werden könne. Die hiegegen erhobene, auf Ziff. 15 des Art. 733 der C.-Pr.-O. gegründete Nichtigkeitsklage wurde als ungegründet verworfen, indem in den Entscheidungsgründen ausgeführt wurde:

Die est. un. Cod. etiam ob chirographariam (8, 27), um deren Auslegung und Anwendung auf den vorliegen-

den Fall es sich handelt, räumt dem Gläubiger, welcher außer der Pfandforderung gegen den Schuldner noch eine andere unversicherte Forderung erworben hat, in Ansehung des Pfandes, wenn es in seinen Besitz gekommen ist, auch wegen der unversicherten Forderung ein Retentionsrecht ein. Vorausgesetzt ist hiebei, daß der Gläubiger das Pfand besitzt, und da die Bestimmung der cst. unica von dem Prinzipe, der allgemeinen sonstigen Voraussetzung des Retentionsrechtes, nämlich der Konnexität der Forderung, in dem von ihr behandelten Falle abweicht, und andererseits der Pfandschein, welcher hinsichtlich der Begründung des Pfandrechtes ohne alle Bedeutung ist[1] und bloß in Betreff der Löschung des Pfandrechtes zur Sprache kommt,[2] nicht das Pfand, und sein Besitz nicht den von der const. unic. vorausgesetzten Besitz des Pfandes vertritt, so kann von einer Ausdehnung dieser gesetzlichen Bestimmung auf andere, durch die Worte des Gesetzes ausgeschlossene Fälle,[3] insbesondere auf den vorliegenden Fall, in welchem es sich gar nicht um den Besitz des Pfandes und dessen Retention, sondern nur um die Zurückbehaltung des Pfandscheines handelt, die Rede nicht sein.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. November 1873 in der Nichtigkeitsklagsache Gräfle c. Rau.

5) Die Verpflichtung zur Leistung auf das Verlangen des Mitkontrahenten gestellt.

In einem Lieferungsvertrage hat sich der eine Kontrahent verpflichtet, dem andern Kontrahenten, „wenn dieser es verlange," seinen Bedarf an tannenem Bauholz zu den je nach der Stärke des Holzes verschieden bestimmten

---

[1] Pfandgesetz vom 15. April 1825, Art. 14, 47, 191.

[2] Ebendaselbst Art. 210, 211, 213, 214.

[3] Puchta, Pand., § 204, Note c.; Göschen, Vorlesungen II. Buch, § 348; Vangerow, Pand., § 382; Archiv für civ. Praxis, Bd. XL, IX, S. 102 ff.

Preisen per laufenden Fuß für ein bestimmtes Bauwesen bis zum Betrag von 80,000 laufende Fuß zu liefern, wogegen dem Letzteren freigestellt war, einen Theil des bedürfenden Bauholzes nach seinem Belieben auch anderwärts zu beziehen. Die Rechtsverbindlichkeit dieses Vertrages, welche von den Verpflichteten bestritten wurde, sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, ist mit Grund nicht zu beanstanden. Denn, wenn auch hienach die Erfüllung des Vertrages in das Belieben des einen Kontrahenten (des Berechtigten) gestellt erscheint, so hat dieß auf die rechtliche Verpflichtung des andern Kontrahenten, welche unter der Bedingung, daß der andere Kontrahent will, übernommen worden ist, keinen Einfluß. [1]

**Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1873 in der Berufungssache Himmer c. Krämer.**

6) Vertrag zu Gunsten Dritter; Absicht der Schenkung.

Durch Vertrag zwischen Chr. Fr. Kühner und seinem Schwiegervater dem Müller Maußhard vom 9. November 1855 übernahm Maußhardt die Bezahlung zweier von Kühner geschuldeten Güterzieler im Betrage von 600 fl., wogegen sich Kühner dem Verlangen des Maußhardt gemäß verpflichtete, sein halbes Haus den aus seiner Ehe mit der Tochter des Maußhardt erzeugten Kindern zu übertragen und als Eigenthum zuzuschreiben, und demgemäß erklärte, daß er auf das von ihm besessene halbe Haus sammt Zubehör verzichte und solches seinen Kindern überlasse, was denn auch durch Eintrag im Güterbuch vollzogen worden ist. Am 30. August 1864 verkaufte jedoch Kühner mit anderer Liegenschaft auch das halbe Haus und zog den Kaufschilling ein, ohne daß die Ansprüche der Kinder berücksichtigt wurden, und als im Jahr 1868 der Gant über

---

[1] Vergl. **Windscheid**, Pand., § 93, Note 1, § 321 bei und in Note 24, § 387, bei Note 3; **Arndts**, Pand. § 301, Note 5.

das Vermögen des Kühner ausbrach, blieb für die Ansprüche der Kinder Nichts übrig. Dieselben erhoben daher gegen die Gemeinderathsmitglieder, welche das gerichtliche Erkenntniß über den Liegenschaftskauf vom 30. August 1864 unterzeichnet haben, eine Ersatzklage. Hiebei wurde beklagter Seits unter Anderem eingewendet, daß die Kinder durch den Vertrag vom 9. November 1855 irgend ein Recht auf das damals von ihrem Vater besessene halbe Haus nicht erworben haben und dieser Einwand ist als begründet erkannt worden. Es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Der Vertrag vom 9. November 1855, auf welchen die Kläger ihren Eigenthumserwerb gründen, ist nichtig. Derselbe ist ein vom Großvater der Kläger zu deren Gunsten abgeschlossener; nach dem Wortlaute und dem ganzen Inhalt des Vertrages hat Jener nicht im Namen der Kinder gehandelt, vielmehr ist er es selbst, der eine Leistung an oder für den Vater der Kläger zusagt und als Gegenleistung dafür theils die Uebertragung des Eigenthums des hälftigen Hausantheils an seine Enkel, theils für sich selbst die Verzinsung der 600 fl., mit welchen er seinem Schwiegersohn aushelfen wollte, ausbedingt. Kann nun auch aus einem derartigen Vertrage zu Gunsten Dritter nach den in der Praxis anerkannten Grundsätzen der begünstigte Dritte ein klagbares Recht ableiten, ohne daß es einer Acceptation bedarf, [1] so ist doch der vorliegende Vertrag, was von Amtswegen zu beachten war, insofern nichtig, als er eine Schenkung von Liegenschaft von Seiten des Großvaters an die Kinder seines Schwiegersohnes enthält und diese Schenkung der Vorschrift des Landesrechtes Thl. II. Tit. 18 §. 4 zuwider nicht insinuirt worden ist.

Wie man nämlich auch das zwischen Maußhardt und Chr. F. Kühner bestehende Vertragsverhältniß qualifiziren

[1] Windscheid, Pand. (2. Aufl.), § 316, Bd. II., S. 194, Lit. a und Note 15 und 15 b; vergl. württemb. Archiv, Bd. XIII, S. 446 ff.; insbesondere S. 452.

mag, — am richtigsten wird man dasselbe als eine, nicht auf liberaler Absicht gegen Kühner beruhende Zahlungsübernahme, wofür die Gegenleistung in der Verpflichtung zu einer Eigenthumsübertragung an die Kinder bestand, zu betrachten haben, — so ist zu berücksichtigen, daß Verträge zu Gunsten Dritter in dem Verhältnisse zwischen dem Promissar und dem Dritten sich zugleich als Schenkungen an diesen darstellen können. [2] In dem gedachten Vertrage liegen aber, was das Verhältniß zwischen dem Großvater und den Enkeln anbelangt, alle Merkmale einer wahren Schenkung vor. Es ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch das mittelst einer Vermögensaufwendung, der Zahlung von 600 fl., die Kläger bereichert worden wären, und zwar entsprechend der freigebigen Absicht ihres Großvaters und es ist in keiner Weise angezeigt, daß der Letztere dadurch, daß er Jenen den hälftigen Hausantheil verschaffte, nur eine durch die Sitte gebotene Pflicht der Pietät habe erfüllen wollen.

Auch auf solche durch Rechtsgeschäfte zu Gunsten Dritter bewirkte Schenkungen sind die Bestimmungen des positiven Rechtes über Schenkungen, namentlich das Erforderniß der Insinuation großer Schenkungen und nach Landrecht Thl. III. Tit. 18 §. 4 jeder Schenkung von Liegenschaft, als Bedingung der Giltigkeit der Schenkung, anwendbar. [3] Nun ist allerdings von Maußhardt unmittelbar keine Liegenschaft aus seinem Vermögen weggegeben worden; allein in Beziehung zu dem Erforderniſſe der Insinuation ist eine Schenkung, wie die vorliegende, gleichwohl als eine Schenkung von Liegenschaft zu behandeln. Denn indem in der angeführten Stelle des Landrechtes die gänzliche Nich-

---

[2] **Meyerfeld**, die Lehre von den Schenkungen, Bd. I, S. 336, 412, 422; **Savigny**, System, Bd. IV., S. 122—124; **Windscheid**, Pand., § 365 bei Note 16 und 17; vergl. **Seuffert**, Archiv, Bd. XII, Nro. 167; **Unger** in Jherings Jahrbüchern, Bd. X, S. 83, Note 109; Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 453, Note 277.

[3] **Meyerfeld**, a. a. O., Bd. II, S. 94 f. bei Note 28.

tigkeit jeder nicht zur Insinuation gebrachten Schenkung von Liegenschaften vorgeschrieben ist, ist das nicht speziell aus der Rücksicht geschehen, daß gerade vom Schenkgeber Liegenschaft weggegeben werde, sondern der wahre Grund der Gesetzesbestimmung ist, insofern dieselbe ein Ueberbleibsel des im zweiten Landrechte angenommenen Systems der Nichtigkeit aller nicht insinuirten Liegenschaftsveräußerungen ist, [4] darin gelegen, daß, bei Vermeidung der Nichtigkeit, überhaupt mit Liegenschaften keine Eigenthumsveränderung in Folge einer Schenkung ohne Insinuation derselben vorgehen soll.

Nun ist unbestrittenermaßen der Vertrag vom 9. November 1855 nicht vor den Gemeinderath behufs der Ertheilung des Erkenntnisses über die darin enthaltene Schenkung gebracht worden, was Sache des Großvaters der Kläger gewesen wäre. Diese Schenkung ist also nichtig und zwar nicht nur im Verhältniß der Kontrahenten unter sich, sondern auch in Rücksicht auf jeden Dritten.

Auf Grund dieses nichtigen Geschäftes konnten somit die Kläger das Eigenthum der ihnen zugedachten Haushälfte nicht erwerben.

**Entscheidung des Obertribunals vom 12. Mai 1873 in der Berufungssache Kühner c. Schüle.**

## 7) Scheinvertrag zur Sicherung einer Forderung unter dem Titel einer Cession.

a. Durch Vertrag vom 16. Februar 1845 wurde von dem Freiherrn Friedrich von Sp. dem Rechtskonsulenten Dr. Sch., von welchem er ein Darlehen von 700 fl. erhalten hatte, für den Fall, daß er nach geschehener Aufkündigung zur Verfallzeit keine Zahlung leisten würde, das Recht eingeräumt, von der dem Schuldner auf der Herr-

[4] Weishaar, württ. Privatrecht, § 480, Note b, § 1106.

[5] Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 658, Note 18; S. 166 Ziff. 3.

schaft G. Sch. zustehenden Apanage von jährlichen 3000 fl. so viel jure cesso in Empfang zu nehmen, als zur Tilgung des Darlehens und der aufgewachsenen Zinsen erforderlich sein werde. Auf Grund dieses Vertrages wurde von dem Rechtsnachfolger des Dr. Sch., nachdem der Schuldner in Gant gerathen, von fraglicher Apanage der Betrag von 796 fl. 12 kr. als durch Cession auf Dr. Sch. übergegangen beansprucht, dieser Anspruch aber abgewiesen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Obwohl in der Vertragsurkunde der Ausdruck jure cesso gebraucht ist, kann doch in dieser Uebereinkunft eine wirkliche Cession nicht gefunden werden. Zur Cession gehört, daß der Forderungsberechtigte das ihm zustehende Forderungsrecht vermöge eines zur Eigenthumsübertragung geeigneten Titels vollständig und in unwiderruflicher Weise auf einen Andern übertrage. Eine Cession könnte also in vorliegendem Falle nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn der Freiherr Friedrich von Sp. sein Recht auf die fragliche Apanage, beziehungsweise einen der klägerischen Forderung entsprechenden Theil derselben seinem Gläubiger Schuster unwiderruflich an Zahlungsstatt, demnach mit der Wirkung überlassen hätte, daß er dadurch von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger frei geworden wäre. Indem aber laut der gedachten Uebereinkunft Dr. Sch. sich an die Apanage des Freiherrn Friedrich von Sp. nur dann sollte halten können, wenn er von diesem nicht aus andern Mitteln für seine Forderung befriedigt werden würde, folgt eben hieraus, daß die gedachte Apanage oder ein entsprechender Theil derselben dem Dr. Sch. nicht an Zahlungsstatt überlassen worden, der Freiherr Friedrich von Sp. vielmehr Schuldner desselben bleiben und der Gläubiger nur ermächtigt werden sollte, sich durch Erhebung eines Theils der gedachten Apanage bezahlt zu machen, wenn er von dem Schuldner nicht auf andere Weise befriedigt würde.

Es handelte sich also nur von einer Assignation; eine

Cession aber kann in der erwähnten Uebereinkunft umsoweniger gefunden werden, als es nicht nur bei Eingehung derselben ungewiß war, ob, wenn und inwieweit die Voraussetzung, unter welcher sich der Gläubiger an die Apanage des Schuldners sollte halten können, eintreten werde, sondern auch bestimmte Apanageraten, die auf den Gläubiger übergehen sollten, gar nicht bezeichnet waren, so daß es hiernach auch ganz an der erforderlichen Bestimmtheit des Objektes fehlen würde, das als cedirt angesehen werden könnte.

**Entscheidung des Obertribunals vom 5. Juni 1852 in der Appellationssache Kapeller c. v. Speth.**

b. Der Pfarrer P. hatte der Spar- und Leihkasse Heidenheim für ein Guthaben derselben an ihn am 1. Juli 1848 eine Urkunde ausgestellt, in welcher neben dem Schuldbekenntnisse und einigen andern zur Sicherung der Forderung getroffenen Bestimmungen, gesagt war, daß die Schuld an Kapital und Zinsen, sowie an etwaigen weitern Kosten allmälig aus dem Besoldungsguthaben des Schuldners abgetragen werden solle, wobei auf besondere zu diesem Zwecke von P. ausgestellte Vollmachten verwiesen wurde, welche die Ermächtigung an den Kassier der Leihkasse, sowie an die betreffende Kameralstelle enthielten, daß bis auf Weiteres an Ersteren als Bevollmächtigten des P. einen bestimmter Theil von dessen Besoldungsguthaben ausbezahlt werden solle. Nachdem P. in Gant gerathen war, machte die Leihkasse geltend, daß ihr an einem Theile des Besoldungsguthabens ein Absonderungsrecht zustehe, da ihr von P. nach dem Inhalt der Urkunde vom 1. Juli 1848 und den dazu gehörigen Vollmachten ein Theil der Besoldung eigenthümlich abgetreten worden sei.

Dieser Anspruch wurde nicht für gegründet erkannt und wurde dießfalls in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt:

In der Urkunde vom 1. Juli 1848 ist nach den klaren Bestimmungen derselben von einer förmlichen Ueber-

tragung, von einer Cession des in Frage stehenden Besoldungsguthabens an die Leihkasse überall keine Rede, sondern nur von einer einfachen Anweisung und dasselbe gilt von dem Inhalte der Vollmachten. Was die Leihkasse aus der Urkunde für eine Cession anführt, steht zum Theil, wie der Verzicht auf die Einreden oder die Bestimmung über den Lebensversicherungsschein in gar keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem, was über die Bezahlung der Schuld aus der Besoldung stipulirt wurde, zum Theil ist es, wie in Betreff der Entrichtung der Lebensversicherungsprämien das Gleiche, was über den Punkt in Frage verfügt wurde, und andere weitere Bestimmungen sprechen geradezu noch besonders für eine bloße Anweisung, wenn man namentlich in's Auge faßt, daß hienach die Leihkasse sich nicht nur durch mehr, als das Dritttheil der Besoldung bezahlt machen, sondern daß ihr noch vorbehalten bleiben sollte, ihre Befriedigung aus andern Mitteln zu suchen. Die Leihkasse hat auch in ihrer Eingabe vom 23. Januar 1846 an das Kameralamt das Sachverhältniß ganz richtig bezeichnet, wenn sie dieser anzeigte, P. habe ihr zur Bezahlung ihrer Forderung einen Theil seines Besoldungsguthabens angewiesen.

**Entscheidung des Obertribunals vom 1. Oktober 1852 in der Appellationssache der Spar- und Leihkasse Heidenheim c. Peuerle'sche Pflegschaft.**

c. Am 9. Februar 1848 stellten die Härtter'schen Eheleute den Gebr. Benedikt, von welchen sie gegen Ausstellung eines nach 6 Monaten zahlbaren Sola-Wechsels 1500 fl. darlehensweise erhalten hatten, zur Sicherheit eine Urkunde dahin aus, daß sie die in der Urkunde näher bezeichneten Kaufschillingszieler im Betrage von 2375 fl., welche ihnen die Freifrau von St. mit Pfandrecht auf ihrem Hause schulde, den Gebr. Benedikt cediren. Die auf Grund dieses Rechtsgeschäftes von den Gebr. Benedikt gegen die Freifrau von St. erhobene Klage auf Bezahlung eines Theils der cedirten Kaufschillingszieler wurde jedoch

abgewiesen, weil angenommen wurde, daß keine wirkliche Cession vorliege, was in den Entscheidungsgründen des Obertribunals dahin ausgeführt wurde:

Daß es sich nicht um eine wirkliche Cession gehandelt hat, ergibt sich schon daraus, daß die Kläger, wie sie in ihrer neuesten Eingabe ausdrücklich erklärt haben, die ihnen angeblich cedirten Kaufschillingszieler nicht ihrem vollständigen Betrage nach, sondern nur soweit in Anspruch nehmen, als es zu Deckung einer an Härtter zu machen habenden Kapital- und Zinsforderung erforderlich ist. Hiemit stimmt überein, was die Kläger über Veranlassung und Zweck der angeblichen Cession anführen, daß die Härtter'schen Eheleute ihnen gegen Baarempfang des Werthes einen Solawechsel für 1500 fl., nach 6 Monaten zahlbar, ausgestellt und zur Sicherheit hiefür den Klägern jene Kaufschillingszieler cedirt haben. Eine wirkliche Cession liegt aber nur dann vor, wenn der Forderungsberechtigte sein Forderungsrecht vermöge eines zur Eigenthumsübertragung geeigneten Titels völlig auf einen Anderen überträgt. Die Kläger könnten mithin nur dann als wirkliche Cessionare betrachtet werden, wenn ihnen die fraglichen Kaufschillingszieler von den Härtter'schen Eheleuten als Gegenleistung für die empfangenen 1500 fl. hätten überlassen werden wollen. Dieß war aber nach dem eigenen Vorbringen der Kläger so wenig der Fall, daß vielmehr von den Härtter'schen Eheleuten für die empfangenen 1500 fl. ein zu 5 % verzinslicher, 6 Monate a dato zahlbarer Wechsel ausgestellt wurde, und die fraglichen Kaufschillingszieler, die auch den Betrag der gedachten Summe, welche die Härtter'schen Eheleute von den Gebr. Benedikt empfingen, weit überstiegen, nur zur Sicherung der Kläger dienen sollten. Es handelte sich also nicht von einem Verkauf dieser Zieler an die Gebr. Benedikt, sondern von Aufnahme eines Darlehns bei denselben, wofür sie durch jene Zieler gesichert werden sollten, wie denn auch der klägerische Anwalt selbst das von den Klägern mit Härtter

eingegangene Rechtsgeschäft ein Darlehen nennt. Eben hieraus folgt aber, daß die so betitelte Cession keine wirkliche Cession war.

**Entscheidung des Obertribunals vom 8. Juni 1853 in der Appellationssache Gebr. Benedikt c. v. Sternenfels.**

d. Die Ehefrau des Jakob Frösner erhielt von Joseph von Kaulla ein Anlehen von 500 fl. und stellte demselben gleichzeitig am 18. Juli 1846 eine Cessionsurkunde aus, worin sie erklärte, daß sie ihre Schlüsselgeldsforderung an ihren Ehemann dem v. Kaulla cedire. Nach dem Tode der Frösner'schen Ehefrau nahm nun v. Kaulla deren Ehemann, als ihren Alleinerben, auf Bezahlung des Darlehens, zugleich aber auch auf Grund der Cessionsurkunde als debitor cessus in Anspruch. Die Klage wurde in oberster Instanz abgewiesen, weil der Darlehensvertrag ohne die nicht erfolgte Zustimmung des Ehemanns, Jakob Frösner, ungiltig, eine wirkliche Cession der Schlüsselgeldsforderung aber nicht als erfolgt anzunehmen, sondern nur die Absicht einer Faustpfandbestellung vorgelegen sei und aus der Ungiltigkeit des Darlehensvertrages von selbst auch die Ungiltigkeit der Faustpfandbestellung folge. Ueber die Natur der so betitelten Cession wurde in den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil des Obertribunals ausgeführt:

In der Klagschrift hat der Kläger seine Forderung auf ein gegebenes Darlehen gegründet. Mit diesem thatsächlichen Klagegrund suchte er noch in erster Instanz einen weiteren zu verbinden, indem er erklärte, die Frösner'sche Ehefrau habe die 500 fl. anlehnungsweise erhalten und die sogenannte Cessionsurkunde vom 18. Juli 1846 enthalte nichts weiter als eine Anweisung des angelehnten Betrages auf ihren Mann, wobei sich die Frösner'sche Ehefrau als Selbstschuldnerin dafür tenent erklärt habe. Der Beklagte werde daher wegen der 500 fl. sowohl als Alleinerbe seiner Frau, mithin als Darlehensschuldner, als auch als angewiesener Schuldner in Anspruch genommen. Später wurde dem noch beigefügt: da die Frösner'sche

Ehefrau ihre Schlüsselgeldsforderung an ihren Mann dem Kläger cedirt habe, so werde er auch als debitor cessus für diesen Betrag in Anspruch genommen. In zweiter Instanz bezeichnete der Kläger die Urkunde vom 18. Juli 1846 als eine zur Sicherung ausgestellte Cessionsurkunde. Aufgefordert sich bestimmt zu erklären, ob er hier die 500 fl. aus dem Grunde eines Darlehens oder aus einem Cessionsvertrage fordere, äußerte sich der Kläger endlich dahin: er halte in thatsächlicher Beziehung an der Erklärung fest, daß Frau Frösner ein Anlehen von 500 fl. erhalten habe, daß sie zur Sicherung des Klägers ihm ihre Schlüsselgeldforderung cedirt habe, ohne daß hiedurch ihre Darlehensschuld habe getilgt werden sollen, indem vielmehr die Absicht der Kontrahenten dahin gegangen sei, daß Frau Frösner bis zur Heimzahlung des Anlehens — sei es mit oder ohne Verwendung des zur Heimbezahlung von Kapital und Zinsen keinenfalls hinreichenden Schlüsselgeldes — die Schuldnerin des Klägers bleiben sollte.

Aus dieser Erklärung geht hervor, daß eine wahre Abtretung oder Veräußerung der Schlüsselgeldsforderung an den Kläger nicht stattfand. Denn wäre die Schlüsselgeldsforderung an Zahlungsstatt für das Darlehen hingegeben worden, so hätte die Darlehensschuld nothwendig (wenigstens zum entsprechenden Betrage) erlöschen müssen, allein gerade diese Schuld beabsichtigten die Parteien, wie Kläger angibt, fortdauern zu lassen. Die Schlüsselgeldsforderung sollte dem Kläger, wie er einräumt, nur zur Sicherung, um nöthigenfalls als Mittel zur Heimzahlung des Darlehens verwendet werden zu können, dienen. Hierin liegt ganz klar die Absicht einer Faustpfandbestellung ausgesprochen. Daß es auf eine solche abgesehen war, findet auch darin seine Bestätigung, daß die Urkunde über die Schlüsselgeldsforderung zwar dem Kläger zur Hand gestellt, aber die angebliche Cession nicht auf dieser Urkunde selbst, sondern auf einem besondern Blatt aufgesetzt wurde, daß ferner weder der Kläger noch die

Frösner'sche Ehefrau dem Beklagten von der angeblichen Abtretung Nachricht gaben, und daß der Kläger, obwohl die Schlüsselgeldsforderung eine verzinsliche war, binnen eines Zeitraumes von $2^1/_2$ Jahren keinerlei Zinsanforderung an den Beklagten ergehen ließ.

Mit dem angeblichen Verkauf einer Schlüsselgeldsforderung, deren Schuldner der Beklagte ist, ließe es sich auch nicht vereinigen, daß der Beklagte, wie es am Schlusse der Urkunde heißt, zugleich Bürge und Selbstschuldner für diese Forderung werden sollte. Wohl aber leuchtet darin, daß der Schlüsselgeldsschuldner zugleich Bürge genannt wird, der Gedanke hindurch, daß die Schlüsselgeldsforderung dem Kläger bloß zur Sicherheit eingeräumt werden wollte.

Die eigenen Angaben des Klägers können daher nur dahin führen, daß der Kläger die Forderung von 500 fl. auf einen Darlehensvertrag und einen damit verknüpften Faustpfandvertrag bezüglich einer Schlüsselgeldsforderung von gleichem Belaufe stütze.

**Entscheidung des Obertribunals vom 30. September 1854 in der Appellationssache v. Kaulla c. Frösner.**

c. Ein Gläubiger des David Kutter, Revierförster Vetter, machte im Gante desselben einen Absonderungsanspruch auf eine dem Kutter gegen Jakob Trippel zustehende Pfandforderung von 600 fl., welche dem Kameralamt als Dienstkaution des Kutter verpfändet war, geltend, weil ihm diese Forderung von Kutter am 10. September 1853 abgetreten worden sei. Der Anspruch wurde abgewiesen und besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Eine Abtretung der fraglichen Forderung an Vetter in dem Sinne, daß die Forderung dem Vetter an Zahlungsstatt überlassen worden wäre, hat nicht stattgefunden, vielmehr war es bei der zwischen Vetter und Kutter getroffenen Uebereinkunft lediglich darauf abgesehen, dem Vetter, welcher ein Darlehen von 800 fl. an Kutter zu fordern hatte, für diese Forderung eine Nachversicherung

auf die dem Kameralamte verpfändete Forderung zu ertheilen. In dieser Beziehung kommt in Betracht:

Schon in der von Kutter dem Vetter ausgestellten Schuldverschreibung vom 21. April 1852 hat Kutter erklärt, daß er für das Darlehen von 800 fl. „mit seiner Kaution sich verbürge." Nachdem Vetter von dem Kameralamt darauf hingewiesen worden war, die ihm von Kutter versetzte Kaution gerichtlich anerkennen zu lassen, reichte er am 15. August 1853 bei dem Schultheißenamt Altdorf gegen Kutter eine Schuldklage ein, in welcher er für den Fall, daß Kutter die Summe von 800 fl. nicht vollständig aufbringen sollte, die Bitte stellte, „für die ihm verbürgte Kaution bei dem Kameralamt im Betrag von 600 fl. die amtliche Cedirung zuzusenden, daß von Seiten des Kameralamts der in Händen habende Pfandschein nur an ihn ausgefolgt werden dürfe." Hierauf erklärte Kutter am 10. September 1853, „daß er seine beim Kameralamt hinterlegte Kaution im Betrag von 600 fl. dem Kläger aus freien Stücken abtrete", und die weiteren 200 fl. in 4 Jahreszielern abtragen wolle.

Erwägt man, daß es dem Vetter bei dem obigen eventuellen Antrag nur um Sicherstellung seiner Forderung zu thun war, daß das Wort „Cedirung" schon in diesem Antrag nur in sehr uneigentlicher Bedeutung gebraucht ist, daß die dem Kameralamt verpfändete Forderung, so lange diese Verpfändung dauerte, zum sofortigen Zahlungsmittel für die Forderung des Vetter gar nicht geeignet war, so kann die auf jenen Antrag des Vetter erfolgte Erklärung des Kutter nicht dahin verstanden werden, daß er seine dem Kameralamt verpfändete Forderung dem Vetter an Zahlungsstatt abtrete, sondern nur dahin, daß er das in den Händen des Kameralamts befindliche Kautionsobjekt *als solches* in zweiter Linie dem Vetter zur Sicherung seiner Forderung überlassen haben wolle. Anders hat Vetter selbst die Erklärung des Kutter nicht aufgefaßt. Denn in seiner Schuldklage vom 10. Februar 1854 sagt er: Kutter

habe vor dem Amte bekannt, daß er ihm zur Sicherheit seine Kaution eingeräumt und abgetreten habe; zugleich bat er, für die ganze ursprüngliche Forderung dem Kutter einen Zahlungsbefehl zu ertheilen, da die Kaution vom Kameralamt noch nicht ausgefolgt sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Juli 1857 in der Appellationssache Kießling c. Vetter.

f. Unter dem 26. September 1854 stellte der Buchhändler Stoppani dem Kaufmann Hörmann eine Urkunde aus, welche besagt, daß Stoppani dem Hörmann zur Sicherstellung derjenigen 3000 fl. sammt Zinsen, welche Letzterer dem Ersteren als Bürge und Selbstschuldner bei Werkmeister Arnet verschafft habe und für deren Bezahlung er zunächst die Sorge übernommen habe, alle in seinem (Stoppani's) Buchhandelsgeschäft bestehenden und bis zur Ostermesse 1856 hervorgehenden Aktiven abtrete. Auf Grund dieser Urkunde beanspruchte Hörmann in dem über Stoppani ausgebrochenen Gante die sämmtlichen vorhandenen buchhändlerischen Ausstände mit Absonderungsrecht. Der Anspruch wurde abgewiesen, weil sich nicht annehmen lasse, daß eine wahre Cession von den Kontrahenten beabsichtigt gewesen und eine solche wirklich vor sich gegangen sei, und es besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe hierüber:

Wie die Vertragsurkunde selbst anführt, hatte das als Cession bezeichnete Rechtsgeschäft nur eine Sicherstellung Hörmann's zum Zwecke. Nun können zwar der Cession die verschiedensten Rechtsgeschäfte zu Grunde liegen; immer aber muß es ein Rechtsgeschäft sein, welches Eigenthum zu übertragen geeignet wäre, wie Kauf, Schenkung, datio in solutum, indem bei der Cession der Cessionar in ähnlicher Weise völlig in das Recht des Cedenten eintritt [1] und ein selbstständiges unwiderrufliches Recht auf Geltendmachung der cedirten Forderung erwirbt, wie bei der Eigenthumsübertragung die veräußerte Sache an den Erwerber über-

[1] Vgl. Württ. Archiv, Bd. X, S. 121 ff., Nro. 6.

geht. Mit der Absicht, Jemanden wegen eines ihm zustehenden Anspruchs bloß Sicherheit zu verschaffen, ist die Cession nicht vereinbar.[2] War also bei dem in Frage stehenden Rechtsgeschäft die Absicht der Kontrahenten auf bloße Sicherstellung Hörmann's gerichtet, so folgt eben daraus, daß die Ausstände, durch welche er sicher gestellt werden wollte, ihm nicht wirklich cedirt werden wollten.

Daß aber die Absicht der Kontrahenten wirklich bloß auf Sicherstellung und nicht etwa darauf gerichtet gewesen sei, dem Hörmann die Stoppani'schen Handlungsaktiven für die in dem Vertrage erwähnten 3000 fl. an Zahlungsstatt zu überlassen, dieß geht abgesehen von dem in der Vertragsurkunde ausgesprochenen Zwecke der angeblichen Cession auch daraus hervor, daß es sich gar nicht von einer bereits bestehenden Forderung Hörmann's an Stoppani, welche durch Ueberlassung der Stoppani'schen Ausstände an ihn hätte ausgeglichen werden können, sondern nur von einem eventuellen Regreßanspruche desselben wegen der von ihm übernommenen Bürgschaft für die Arnet'sche Forderung handelte, eine datio in solutum mithin von den Kontrahenten nicht beabsichtigt sein konnte.

Hierzu kommt ferner die Bestimmung am Schlusse des Vertrages, wonach Hörmann sich anheischig machte, diejenigen Ausstände, welche nach Abzahlung der betreffenden 3000 fl. sammt Zinsen noch übrig sein würden, unentgeltlich wieder an Stoppani zurück zu cediren, eine Bestimmung, die ebenfalls darauf hinweist, daß es den Kontrahenten nicht sowohl um eine definitive Ueberlassung der Stoppani'schen Handlungsausstände an Hörmann, als vielmehr darum zu thun war, diesen für seine eventuellen Regreßansprüche wegen der von ihm übernommenen Bürgschaftsverbindlichkeit sicher zu stellen.

Zieht man weiter in Betracht, daß ohne eine nähere Bezeichnung der angeblich cedirten Ausstände Hörmann

[2] **Vergl. Württ. Archiv Bd. XIII, S. 152, 153; Sarwey, Monatschrift Bd. XX, S. 299, 300, S. 278 ff.**

gar nicht in der Lage war, dieselben dem Schuldner gegenüber geltend zu machen, sofern ihm weder die Personen der Schuldner, noch der Betrag der Ausstände bekannt war, eine solche Bezeichnung aber weder bei Eingehung des Vertrages, noch später erfolgt ist, und daß ebensowenig von Stoppani, welchem der Einzug der Ausstände nach wie vor überlassen war, hierüber eine abgesonderte Rechnung geführt, noch auch von Seiten Hörmann's, der jedenfalls in der Zwischenzeit von der Ostermesse 1855 bis zum Ausbruch des Konkurses eine Abrechnung hierüber zu verlangen im Fall gewesen wäre, eine solche verlangt worden ist, so muß man die volle Ueberzeugung gewinnen, daß ein Rechtsgeschäft, durch dessen Vollziehung (Cession) eine Eigenthumsübertragung bewirkt worden wäre, von den Kontrahenten nicht beabsichtigt worden ist, ihre Absicht vielmehr bloß dahin ging, dem Geschäfte äußerlich den Schein einer Cession zu geben, um daraus für Hörmann im Falle des Ausbruchs eines Gantes über Stoppani ein Absonderungsrecht ableiten zu können.

**Entscheidung des Obertribunals vom 26. Juni 1858 in der Appellationssache Stoppani c. Hörmann.**

g. Eine entgegengesetzte, nicht unbedenkliche und mit den vorstehenden Entscheidungen nicht leicht in Einklang zu bringende, wenngleich scharfsinnige Beurtheilung hat eine gleichfalls zur Sicherung einer Forderung erfolgte Cession in einem weiteren Falle gefunden.

In einer von dem Straßenakkordanten Bucher dem Johann Conrad ausgestellten „Schuld- und Cessionsurkunde" d. d. 10. Mai 1851 war gesagt, Bucher bekenne, von Conrad zur vollständigen Herstellung des von Bucher übernommenen Staigenbaues 1500 fl. anlehensweise erhalten zu haben, und verspreche, nicht nur solche mit 5 % zu verzinsen, bis er sein letztes Dritttheil an seiner Akkordsumme von etwa 3000 fl. für besagten Staigenbau aus der Oberamtspflege erhalte, sondern er räume seinem Gläubiger zu seiner Sicherheit durch gegenwärtige Urkunde nach Art. 15

des Prioritätsgesetzes von heute an das Eigenthumsrecht mit allen Rechten und Klagen ein, obige 1500 fl., nachdem das Bauwesen vollendet und die Abrechnung gepflogen werden könne, bei der Oberamtspflege auf seine (des Bucher) Rechnung nebst abgelaufenen Zinsen selbst erheben zu dürfen. Ueber das Zustandekommen dieses Vertrages sagten die abgehörten Zeugen aus, es sei das Darlehensgeschäft in der Weise verabredet worden, daß Conrad zur Sicherheit seiner Forderung das förmliche Eigenthumsrecht an dem Staigenbauguthaben des Bucher habe erhalten sollen — es habe ihm der dem Darlehensbetrag entsprechende Betrag an dem Staigenbauguthaben zur Sicherheit seiner Forderung mit Eigenthumsrecht überwiesen werden sollen — es habe dem Conrad mittelst Erwähnung des Staigenbauguthabens einige Sicherheit für seine Forderung verschafft werden, es habe derselbe eine Anweisung auf das Staigenbauguthaben erhalten sollen, und sei die Bezeichnung Cessionsurkunde für den Fall gewählt worden, wenn das Guthaben einmal flüssig werde, wo es dann Sache des Conrad gewesen wäre, auf den Grund der Urkunde von Bucher die Cession seines Guthabens mit Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern zu bewirken.

Auf Grund dessen machte Conrad, nachdem Bucher in Gant gerathen, ein Absonderungsrecht auf das Straßenbauguthaben des Letzteren geltend, und wurde solches in oberster Instanz für begründet erkannt, indem angenommen wurde, daß das in Frage stehende Rechtsgeschäft als eine wirkliche rechtsverbindliche Cession zu betrachten sei. Aus den Entscheidungsgründen mag Folgendes ausgehoben werden:

Wäre eine bloße Anweisung beabsichtigt gewesen, so wäre nicht abzusehen, warum die Urkunde als Cessionsurkunde bezeichnet worden[3]. Ferner erlangt der Cessionar

[3] Dieß würde bei allen sogen. Sicherungscessionen zutreffen; es wird eben in diesen Fällen dem Geschäfte der Mantel einer Cession umgehängt, um dasselbe als solche erscheinen zu lassen.

durch die Cession ein selbstständiges unwiderrufliches Recht auf die cedirte Forderung, welches im gemeinen Leben, wie in verschiedenen Gesetzgebungen häufig als eine Art Eigenthumsrecht betrachtet wird. Wenn daher in der Cessionsurkunde dem Conrad von heute an das Eigenthumsrecht eingeräumt wird, so ist damit die Absicht, förmlich zu cediren, deutlich ausgedrückt worden, während die erwähnte Ausdrucksweise mit einer bloßen Assignation im Widerspruch stände ..... Wenn weiter nach der Urkunde und den Zeugenaussagen der Zweck des Geschäftes war, den Conrad mittelst des Staigenbauguthabens sicher zu stellen, so wird eine solche Sicherstellung zumal für den Fall eines Gantes schwerlich in einer bloßen Anweisung, wohl aber in einer förmlichen Cession gefunden worden sein[4] .... Allerdings muß der Cession ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegen, welches Eigenthum zu übertragen geeignet wäre, wie Kauf, Schenkung, Hingabe an Zahlungsstatt, und die bloße Absicht der Sicherstellung bildet keinen Eigenthumstitel. In vorliegendem Falle liegt aber der Cession eine Hingabe an Zahlungsstatt zu Grunde.

Es kann zunächst auffallen, daß in der Urkunde Bucher das als Anlehen empfangene Geld fortan zu verzinsen versprach, bis er sein letztes Dritttheil an dem Staigenbauguthaben erhalte, während bei der Cession an Zahlungsstatt die Schuld getilgt, also auch nicht weiter verzinst wird. Bei näherer Betrachtung verschwindet aber dies Bedenken. .... Zur Zeit des fraglichen Geschäftes war das Staigen-

[4] Dagegen läßt sich denn doch wohl das Bedenken erheben, daß eine Cession, welcher eine datio in solutum zu Grunde liegt, überall keine Sicherstellung, sondern vielmehr die Befriedigung des Gläubigers bezweckt, und die Absicht, eine Forderung durch ein Rechtsgeschäft zu sichern, mit der Auffassung dieses Rechtsgeschäftes als einer die Hingabe an Zahlungsstatt effektuirenden Cession unvereinbar sein dürfte. Will man eine Cession annehmen, so wird man unterstellen müssen, daß der Zweck des Geschäftes eben nicht die Sicherung der Forderung in Frage, sondern vielmehr deren Tilgung gewesen sei.

bauguthaben weder ganz festgestellt, noch flüssig und es war der Banakkord noch nicht einmal ganz ausgeführt. Hätte man gleichwohl bei Ueberlassung dieses Guthabens festgesetzt, daß mit der Cession die Anlehensforderung sofort getilgt werde, so würde Conrad statt einer verzinslichen eine unverzinsliche, möglicher Weise erst nach Jahren flüssige Forderung von zweifelhaftem Werthe erhalten haben. Da nun aber der Zweck des Uebereinkommens eine Verbesserung der Lage des Gläubigers war, so ist es erklärlich, daß auf andere Weise gesorgt werden wollte, nämlich dadurch, daß der Zeitpunkt der Tilgung des Anlehens hinaus gerückt wurde. Eine hierauf gerichtete Vereinbarung ist daraus zu entnehmen, daß Bucher versprach, das Anlehen so lange zu verzinsen, bis er sein Akkordsguthaben erhalten, und daß er dem Conrad das Recht einräumte, dasselbe erheben zu dürfen, nachdem das Bauwesen vollendet worden und die Abrechnung gepflogen werden könne. Denn dieß sollte wohl nichts Anderes heißen, als daß bis zur Zeit der hergestellten Liquidität des Staigenbauguthabens die Anlehensforderung als solche noch bestehen und verzinst werden, mit dem Eintritt jener Liquidität aber jene Verzinsung aufhören und die Tilgung der Anlehensforderung in Folge der Cession stattfinden solle .... War aber nur die Tilgungszeit des Anlehens in der genannten Weise hinausgerückt worden, so lag schon am Tage der Ausstellung der Urkunde eine rechtsverbindliche Cession vor.

Die Hingabe einer Forderung an Zahlungsstatt ist analog einem Verkaufe zu beurtheilen. Der Schuldner verkauft seine Forderung mittelst der Cession an seinen Gläubiger und die Zahlung des Kaufpreises wird bewirkt durch Aufrechnung desselben gegen die bestandene Schuld. Die Art und die Zeit dieser Ausgleichung bleibt der freien Uebereinkunft der Betheiligten vorbehalten, gerade wie die Art und Zeit der Zahlung des Kaufpreises bei einem sonstigen Verkaufe. In vorliegendem Falle haben nach der Urkunde und den Zeugenaussagen die Betheiligten sich

dahin vereinbart, daß das Eigenthumsrecht an dem entsprechenden Theile des Staigenbauguthabens vom Tage der Ausstellung der Urkunde an auf Conrad übergehen soll.

Auch die Größe des cedirten Betrages wurde genügend bestimmt, indem Bucher versprach, die angeliehenen 1500 fl. mit 5% insolange zu verzinsen, bis er sein Restguthaben von der Oberamtspflege erhalten, und indem er sofort dem Conrad das Eigenthumsrecht einräumte, obige 1500 fl. nebst aufgelaufenen Zinsen erheben zu dürfen, womit nichts Anderes gesagt war, als daß an dem Staigenbauguthaben derjenige Betrag cedirt werde, auf welchen sich die Forderung des Conrad, bestehend aus dem Kapital von 1500 fl. sammt Zinsen hieraus zu 5% bis zum Tage der Liquidität des cedirten Guthabens belaufen werde.

Der Rechtsgrund der Cession war eine Hingabe an Zahlungsstatt. Daß die Wirkung derselben auf die Anlehensforderung, nämlich die Ausgleichung der letzteren, vermöge besonderen Uebereinkommens auf einen späteren Zeitpunkt, auf die Zeit der Liquidität des Guthabens hinausgerückt worden, ist ohne Bedeutung. Schon mit dem Vertrag vom 10. Mai 1851 hatte Conrad ein unwiderrufliches Recht auf die cedirte Forderung erworben und mit ihrer Existenz gehörte sie ihm .... sollte nun auch die als Gegenleistung damals bereits zugesagte Ausgleichung des Anlehens erst später realisirt werden, so war hierdurch die alsbaldige Erwerbung des dem Cessionar eingeräumten Rechtes ebensowenig gehindert, als die Eigenthumserwerbung bei dem Verkauf einer körperlichen Sache dadurch gehindert ist, daß der Verkäufer unter alsbaldiger Uebergabe der Sache an den Käufer derselben die Bezahlung des Kaufpreises bis zu einem späteren Zeitpunkte erborgt.

Wenn aber gegen die Annahme eines zur Cession geeigneten Titels geltend gemacht wird, daß es in der Urkunde heißt, Bucher räume seinem Gläubiger zu dessen Sicherheit das Eigenthumsrecht an dem Staigenbauguthaben ein, welches Ausdruckes sich auch die Zeugen bedient

haben, so kann hierauf ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden. Wäre der ganze Endzweck des Geschäftes nur eine Sicherheitsbestellung für den Gläubiger gewesen, so würde der Verfasser der Urkunde durch Nichts abgehalten gewesen sein, das Geschäft als eine Verpfändung zu behandeln und zu bezeichnen[6] . . . . Wenn es auch vorkommen kann, daß ein Schuldner seinem Gläubiger, statt ihm ein gewöhnliches Faustpfand auf seine Forderung zu bestellen, dieselbe pfandweise cedirt, so geht doch auch in diesem Falle die Absicht der Betheiligten dahin, diese Einräumung nur insolange und auf den Fall bestehen zu lassen, wenn nicht der Gläubiger auf andere Weise befriedigt wird. Im gegenwärtigen Falle wurde aber nicht festgesetzt, daß sich der Gläubiger bloß im Falle der Nichtbefriedigung durch andere Mittel des Schuldners an das cedirte Guthaben halten dürfe, dasselbe wurde ohne solchen Vorbehalt definitiv abgetreten; der Schuldner stellte eine Bezahlung des Gläubigers auf andere Weise gar nicht in Aussicht, sondern das cedirte Guthaben wurde als das einzige und ausschließliche Befriedigungsmittel des Gläubigers, als eigentliche Gegenleistung für das Anlehen hingegeben. Hiernach kann der Ausdruck „zur Sicherheit" nur als das Motiv, nicht als eine technische Bezeichnung des rechtlichen Charakters des Geschäfts aufgefaßt werden und hatte dieser Ausdruck auch bei der beabsichtigten Hingabe an Zahlungsstatt seine gute Bedeutung, da Conrad mit der Cession des illiquiden Staigenbauguthabens der Sache nach um seine Forderung noch nicht befriedigt, sondern ihm nur eine höhere Sicherheit dafür gegeben war, daß er dereinst wieder zu seinem Gelde kommen werde.

Gegen eine Cession spricht ebensowenig das Zitat des Art. 15 des Prioritätsgesetzes in der Urkunde und die Solennisation derselben nach diesem Artikel. Denn da Conrad bei der Illiquidität der cedirten Forderung nicht wußte,

[6] Vgl. das in Note 3 Bemerkte.

wie weit er durch dieselbe Deckung erhalte, lag es nahe, bezüglich des davon nicht gedeckten Betrages wenigstens für ein Vorzugsrecht IV. Klasse im Gante zu sorgen . . . . .

Aus den Worten, Conrad dürfe das Guthaben auf Buchers Rechnung erheben, folgt augenscheinlich Nichts gegen die Absicht einer Cession. Denn die Forderung mochte cedirt, verpfändet oder nur assignirt sein, so erfolgte die Erhebung des bei der Oberamtspflege stehenden Geldes auf Rechnung Buchers[5].

**Entscheidung des Obertribunals vom 23. Dezember 1859 in der Appellationssache Waizfelder c. Conrad.**

h. Der Zimmermann Leonhard Prinzing hatte an Friedrich Runst eine durch Unterpfand gesicherte Kaufschillingsforderung von 2100 fl. Auf der von der Unterpfandsbehörde zu G. hierüber ausgestellten „Pfandurkunde" beurkundete Prinzing am 25. April 1873 unterschriftlich, daß er die Pfandurkunde mit allen Rechten und Klagen als Faustpfand an Ludwig Gairing abtrete, und übergab sodann die Urkunde an Gairing, welcher laut weiter von diesem beigesetzter Beurkundung die in der Pfandurkunde genannte Kaufschillingsforderung des Prinzing gegen Runst an Wilhelm Kötzle und Johannes Mühlhäuser um baar erhaltene 1000 fl. abtrat. Als nun aber Kötzle und Mühlhäuser die abgetretene Forderung erheben wollten, wurde von Prinzing Einsprache erhoben, worauf Jene gegen Letzteren bei Gericht auf Anerkennung der Cession klagten. Zu Begründung der Klage wurde in

[5] Die Ansicht, daß auch der Cessionar die cedirte Forderung für Rechnung des Cedenten erhebe, wird doch wohl nicht haltbar sein. In Folge der Cession hört, wie das Obertribunal annimmt (vergl. württ. Archiv, Bd. X, S. 121 ff.), der bisherige Gläubiger, der Cedent, auf, Gläubiger zu sein, und der Cessionar tritt als neuer Gläubiger an seine Stelle; er macht daher die Forderung als die seinige in eigenem Namen und für eigene Rechnung geltend, und erhebt sie ebenso in seinem Namen und für seine Rechnung, nicht aber für Rechnung des Cedenten.

erster Instanz vorgebracht, daß die auf der Pfandurkunde beigesetzte Erklärung des Prinzing vom 25. April 1873 eine wahre Cession seiner unterpfändlich gesicherten Forderung gegen Runst an Gairing enthalte, was die Worte „mit allen Rechten und Klagen" der Cession klar beweisen und woneben die Worte „als Faustpfand" keinen Sinn haben und nicht zu beachten seien, während der beklagte Prinzing einwandte, daß er die Pfandurkunde dem Gairing nur lehnungsweise zu dem Zwecke, um sie als Faustpfand für eine Kaufschillingsschuld desselben benützen zu können, und gegen das Versprechen der Rückgabe derselben nach gemachtem Gebrauche übergeben, keineswegs aber eigenthümlich abgetreten habe. In zweiter Instanz gaben die Kläger zu, daß die Cession an Gairing zu dem Zwecke erfolgt sei, um diesen dadurch zu ermächtigen, die Pfandurkunde für eine Schuld desselben als Faustpfand zu bestellen. Es sei, machten die Kläger geltend, acht Tage vor dem 25. April 1873 zwischen den Klägern und Gairing ein Darlehensvertrag über 1000 fl. in der Weise geschlossen worden, daß der auf Seite des Gairing mit interessirte beklagte Prinzing gegen die Kläger sich verpflichtet habe, ihnen zu ihrer Sicherung seine unterpfändlich versicherte Forderung gegen Runst zum F a u s t p f a n d zu b e s t e l l e n; der Beklagte habe sofort am 25. April 1873 im Sinne dieser Verpflichtung seine Erklärung, daß er die Pfandurkunde als Faustpfand an Gairing abtrete, auf diese Urkunde beigesetzt und Gairing habe am gleichen Tage zur Vollziehung der Faustpfandbestellung die weitere Cession an die Kläger auf die Urkunde gesetzt und diese den Klägern übergeben, welche dagegen nach der Wiederzurückzahlung der 1000 fl. die Pfandurkunde zurückzugeben sich verbindlich gemacht hätten. Es habe dieß aber lediglich die Veranlassung zu der Cession gebildet und werde an der Thatsache der geschehenen Cession dadurch Nichts geändert.

Die auf Anerkennung der Cession gerichtete Klage

wurde jedoch abgewiesen und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt:

Gegen die Behauptung einer wahren Cession muß schon das von dem Kläger in zweiter Instanz thatsächlich weiter Vorgetragene sprechen, sofern mit dem Inhalte dieses Vorbringens eine wirkliche Cession schlechthin unverträglich erscheint und eine solche dadurch ihre Widerlegung von selbst finden müßte. Aber auch abgesehen hievon wird die behauptete Cession durch den Inhalt der sogenannten Cessionsurkunde vom 25. April 1873, auf welche die Klage gebaut ist, ausgeschlossen. Denn wenn der Beklagte in dieser Urkunde erklärte: „ich trete diese Pfandurkunde mit allen Rechten und Klagen als Faustpfand an Gairing ab", so war hierin keinenfalls eine wirkliche Cession seiner Forderung gelegen. Die Abtretung einer Forderung zur „Sicherung" einer anderen Forderung, sei nun diese letztere eine Forderung des Cessionars gegen den Cedenten oder die zu sichernde Forderung eines Dritten gegen den Cessionar, ist nur eine auf einen bestimmten Zweck — nämlich die vom Abtretenden unmittelbar oder erst vom Cessionar zu bewerkstelligende Bestellung eines Faustpfandes — beschränkte Ueberlassung der Forderung, welche dem sogenannten Cessionar nur das Recht, den mit der Faustpfandbestellung nothwendig verknüpften Gebrauch von der Forderung zu machen, ertheilt. Eine weiter gehende Verfügung zu seinem Vortheil darf er mit derselben nicht vornehmen, das Eigenthum der Forderung ist ihm dadurch nicht übertragen, wie dieß der Zweck einer bloßen Verfaustpfändung gar nicht erfordert, und er hat sie zurückzugeben, sobald das Faustpfandrecht aufgehört hat. Der Eigenthümer begibt sich seiner Rechte nur theilweise und bedingt, nämlich nur insoweit und für den Fall, daß der Faustpfandgläubiger, wenn er bei Verfall der Hauptschuld vom Schuldner nicht befriedigt wird, sich durch den Verkauf oder die Einklagung der Forderung bezahlt machen kann, und jener kann nach Beendigung des Faustpfand-

nexus seine Forderung zurückfordern. Wenn daher auch im Uebrigen in der Urkunde über ein solches Rechtsgeschäft, wie vorliegendenfalls, der Ausdruck „Abtretung" oder „Cession" gebraucht ist, so liegt doch in Wahrheit keine Cession vor [6]. Endlich fehlt es der behaupteten Cession auch gänzlich an dem innern Rechtsbestande, nämlich an einem ihr zu Grunde liegenden entgeltlichen oder unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, dessen bloße Vollziehung sie sein müßte, indem die Kläger weder behauptet haben, daß der Beklagte die Forderung dem Gairing geschenkt habe, noch zu behaupten vermochten, daß und welche Gegenleistung dieser dafür dem Beklagten gegeben oder wenigstens versprochen haben sollte, ein Erforderniß, wegen dessen Ermanglung allein schon, wie das Obertribunal des Oefteren ausgesprochen hat, der klagende Cessionar gegenüber dem die Cession bestreitenden Cedenten zurückgewiesen werden müßte [7]. War aber Gairing nur zu einer Verfaustpfändung der Forderung, welche indeß nicht erfolgt ist, ermächtigt, so hat er durch Cession derselben an die Kläger diese Ermächtigung überschritten und konnte er durch diese Cession ein Recht, das er selbst nicht erworben hatte, an die Kläger nicht übertragen, wonach die auf Anerkennung dieser Cession gerichtete Klage abzuweisen ist.

**Entscheidung des Obertribunals vom 16. Juni 1873 in der Berufungssache Mühlhäuser und Kötzle c. Prinzing.**

8) Scheinvertrag zur Sicherung einer Forderung unter dem Titel der Veräußerung von Fahrniß.

a. Die Stadtgemeinde Marbach hatte an den Müller Künzle, welcher einen Floßpacht übernommen hatte, als Betriebskapital 4500 fl. überlassen, welche er am Ende

---

[6] **Mühlenbruch**, Cession S. 339, Note 206, S. 461 462; **Seuffert**, Archiv Bd. X, Nro. 243; **Sarwey**, Monatschrift Bd. XX, S. 265 ff., 297 ff.; Württ. Archiv Bd. XIII, S. 153.

[7] Württ. Archiv Bd. XIII, S. 152—153.

der Pachtzeit zu ersetzen hatte. Am 24. Mai 1850 stellte nun Künzle der Stadtgemeinde Marbach eine Urkunde dahin aus, „daß derselben zur Tilgung des Betriebskapitals von 4500 fl. das Eigenthum an 629 Klafter Holz in 8 speziell bezeichneten Beugen in dem Holzgarten in Murr insolange abgetreten werde, als der Pächter Künzle solche nicht anzugreifen in seinem Interesse finden und entweder andere Holzbeugen abtreten oder in anderer Weise Sicherheit geben werde." Das Pachtverhältniß löste sich auf, weil Künzle seine Verpflichtungen nicht erfüllen konnte, und die Stadtgemeinde Marbach nahm nun das fragliche Holz, soweit es noch vorhanden, als ihr Eigenthum auf Abrechnung an dem von Künzle geschuldeten Betriebskapital von 4500 fl. nebst Zinsen in Anspruch. Dieser Eigenthumsanspruch wurde von einem Gesellschafter des Künzle bestritten, von den Gerichten jedoch anerkannt und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Indem die Stadtgemeinde M. zu Deckung ihres Anspruchs auf das dem Pächter Künzle überlassene Betriebskapital sich ein entsprechendes Holzquantum durch Zuweisung speziell bezeichneter Holzbeugen habe zuweisen lassen, sei dieselbe durch diese Uebergabe Eigenthümerin des Holzes geworden ... Die Bestimmung, daß der Pächter das Holz wieder zurücknehmen und selbst angreifen dürfe, wenn er andere Holzbeugen dagegen abtreten oder in anderer Weise Sicherheit leisten würde, stelle sich als Resolutivbedingung dar, welche nicht eingetreten sei. Daraus, daß durch die Uebergabe des Holzes die Sicherung des von Künzle geschuldeten Betriebskapitals habe bezweckt werden sollen, folge nicht, daß das Rechtsgeschäft vom 24. Mai 1850 ein simulirtes und die Absicht der Kontrahenten in Wahrheit nicht auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet gewesen, da ja der unterstellte Zweck der Sicherung gerade am vollständigsten durch die förmliche Eigenthumsübertragung er-

reicht werden sei. Die Stadtgemeinde habe über das ihr tradirte Holz insolange wie ein Eigenthümer zu verfügen berechtigt sein sollen, als nicht von Künzle für das schuldige Betriebskapital anderweitige Sicherheit beigebracht worden. Nur wenn dieses geschehen würde, habe die Uebereinkunft wieder aufgehoben sein, das Eigenthum des Tradenten an dem übergebenen Holze wieder erwachen sollen.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Februar 1856 in der Appellationssache Bosch c. Stadtgemeinde Marbach.

Dieser Entscheidung dürften erhebliche Bedenken entgegen stehen. Denn wenn auch der Eigenthumsübergang durch Tradition nicht nothwendig eine causa praecedens voraussetzt, sondern der Eigenthumsübertragungs- und Eigenthumserwerbswille auch in der Tradition selbst seinen Ausdruck finden kann, so setzt der Eigenthumsübergang durch Tradition doch stets den auf Geben und Nehmen des Eigenthumsrechtes an der Sache gerichteten Willen und dessen stillschweigende oder ausdrückliche Erklärung von beiden Seiten, also einen Eigenthumsübergangsvertrag voraus. Ob ein solcher Wille vorhanden ist, muß nach den Umständen beurtheilt werden, und es kann hiebei die causa praecedens, wo eine solche vorhanden, nicht unbeachtet bleiben. In dem vorstehenden Falle hatte die Tradition ihren zurückliegenden Grund in dem Schuldverhältnisse des Tradenten zu der Stadtgemeinde und war der ausgesprochene Zweck der Tradition, der Letzteren für ihre Schuldforderung bis zu deren Bezahlung oder anderwärtigen Sicherstellung Sicherheit zu gewähren. Hatte aber hienach die Besitzübertragung an die Stadtgemeinde lediglich den Zweck, derselben durch den Besitz der tradirten Sache Sicherheit für die Befriedigung um ihre Forderung zu verschaffen und sollte hienach das tradirte Holz in dem Besitz der Stadtgemeinde nur insolange verbleiben, als der Zweck der Sicherung ihrer Forderung es erforderte, und war ebendamit der Stadtgemeinde ein Verfügungsrecht über

das Holz nur insoweit eingeräumt, als es zur Befriedigung um ihre Forderung erforderlich war, so stellt sich damit als die wahre Absicht und der wahre Wille der Kontrahenten nicht die Uebertragung des Eigenthums, sondern die Bestellung eines Pfandrechtes für die Forderung der Stadtgemeinde und die auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Erklärung als eine simulirte heraus.

b. Am 13. Februar 1850 schloß Georg Sauter mit Martin Bauer, der für eine Schuld des Ersteren Bürge geworden war, einen Vertrag, wodurch er seine sämmtliche Fahrniß um 575 fl. an Bauer verkaufte. Nachdem am 9. Januar 1851 Sauter sich für zahlungsunfähig erklärt hatte, trat Bauer diesen „Kauf" mit allen Rechten an den Müller Jaudas und den Verwalter Ludwig ab, welche in dem Konkursverfahren auf Grund besagten Vertrages die noch im Besitze des Gemeinschuldners befindliche Fahrniß als ihr Eigenthum beanspruchten. Die übrigen Gläubiger bestritten den Absonderungsanspruch und es wurde derselbe auch in den oberen Instanzen abgewiesen. Die Entscheidungsgründe des Obertribunals besagen dießfalls Folgendes:

Das zwischen Sauter und Bauer abgeschlossene Rechtsgeschäft wurde nur zum Schein in die Form eines Kaufvertrages eingekleidet. Die wahre Absicht der Kontrahenten war nicht auf die Eingehung eines Kaufvertrages, sondern lediglich auf Sicherstellung der in der Vertragsurkunde genannten Sauter'schen Gläubiger und ihrer Bürgen gerichtet, welchen dadurch das Recht eingeräumt werden sollte, zur Sicherheit für ihre Forderungen an die Fahrniß sich zu halten und solche zum Zwecke ihrer Befriedigung zu veräußern. Der Gemeinschuldner hat selbst zugegeben und es wurde von keiner Seite widersprochen, daß damals mehrere seiner Bürgen auf Entledigung von ihren Verbindkeiten gedrungen, und daß er dazu kein anderes Mittel

gewußt habe, als sie durch Fahrnißverkauf und durch Ueberweisung der betreffenden Schuldforderungen auf den Erlös sicher zu stellen. Deßhalb wurde in der Vertragsurkunde festgesetzt, daß die Bezahlung der 575 fl. an folgende 4 Gläubiger zu geschehen habe .... Die Fahrniß wurde im Besitze des Verkäufers gelassen, welcher sich verbindlich machte, dieselbe in gutem Zustande zu erhalten. Dagegen wurde die in einem Kaufvertrag seltsam lautende Bestimmung aufgenommen, daß „der Käufer die Fahrnißstücke verkaufen könne, wenn er wolle, zu beliebiger Zeit.“ Zieht man hiezu weiter in Betracht, daß die angeblich verkaufte Fahrniß aus den dem Verkäufer zum Betriebe seiner Güter und seines Gewerbes nothwendigen Gegenständen und aus unentbehrlichen Haushaltungsstücken besteht, daß insbesondere Pferde, Rindvieh, Fuhrwerk und Geschirr, alle Bedürfnisse zur Wirthschaft, das Küchengeschirr, Leinwand und Weißzeug aller Art, aller gemeine Hausrath und sogar die zum Verbrauch bestimmten Vorräthe an Getränken, Holz u. s. w. darunter begriffen sind; daß der damalige Anschlag der Fahrniß von 1093 fl. zu dem Kaufpreise von 575 fl. im größten Mißverhältnisse steht; daß der Vertrag bis zur Insolvenzerklärung des Verkäufers unvollzogen blieb, indem bis dahin die Fahrniß weder dem Verkäufer entzogen, noch eine Zahlung an die verwiesenen Gläubiger von dem Käufer geleistet worden ist; daß endlich die unter der Fahrniß begriffenen verzehrbaren Sachen (Getränke, Holz, Frucht, Stroh) nach dem Gantausbruch nicht mehr vorhanden waren, somit in der Zwischenzeit ohne Zweifel von dem Verkäufer verbraucht worden sind; so drängt sich die volle Ueberzeugung auf, daß es den Kontrahenten ernstlich nicht darum zu thun war, die damals vorhandene Fahrniß von dem Einen auf den Andern um einen bestimmten Preis zu übertragen; daß der wahre Zweck des Vertrages im Gegentheil dahin ging, dem Gemeinschuldner die zu seinem Fortkommen unentbehrliche

Fahrniß und die Möglichkeit ihrer Benützung noch länger zu erhalten und die auf den fingirten Kaufpreis verwiesenen Gläubiger dadurch zu sichern, daß sie befugt sein sollten, erforderlichen Falls die Fahrniß des Gemeinschuldners als ein ihnen ausschließlich zukommendes Exekutions-Objekt zur Veräußerung zu bringen und aus dem bei der Veräußerung zu erzielenden Erlöse die Befriedigung für ihre Forderung bis zum Betrage von 575 fl. vor den übrigen Gläubigern zu verlangen.

Diese Auffassung wird bestätigt durch den zweiten Vertrag vom 13. Januar 1851, kraft dessen Martin Bauer nach bereits erfolgter Insolvenzerklärung des Sauter den „Kauf mit allen Rechten" an Jaudas und Ludwig dagegen abgetreten hat, daß diese für die Forderungen der verwiesenen Gläubiger interzedirten. Im Anhang an die Vertragsurkunde haben Jaudas und Ludwig erklärt: „sie haben das Mobiliar und die darauf ruhenden Verbindlichkeiten nur darum übernommen, um dessen bereits angeordneten Verkauf, wodurch Sauter in die traurigste Lage versetzt würde, zu verhindern. Sie überlassen ihm nun die Fahrniß lehnungsweise unter der Bedingung, daß er damit sein Gewerbe fortsetze und hievon nach und nach die Schulden abtrage; sollte er sein Gewerbe freiwillig oder gezwungen aufgeben, so ziehen sie das Mobiliar an sich und treten für die betreffenden Forderungen als Selbstschuldner ein." Diese unumwundene Erklärung dient zugleich zur Beleuchtung der wahren Natur des ersten Vertrags. War hienach von den Kontrahenten die Eingehung eines Kaufes gar nicht ernstlich beabsichtigt worden, so kann der Vertrag vom 13. Februar 1850 nicht als Kaufvertrag aufrecht erhalten werden. Was die Kontrahenten in Wahrheit wollten, war, den Gläubigern und Bürgen ein Pfandrecht an der Fahrniß zu bestellen. Die Bestellung eines Pfandrechts hätte aber rechtsgiltig nur dadurch geschehen können, daß die Fahrniß dem Gewahrsam des Schuldners entzogen und

zu Handen der Gläubiger oder eines Dritten gegeben worden wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. April 1856 in der Appellationssache Bauer c. W. [1]

c. Die Brauereigesellschaft Lachenmaier u. Gen. verpachtete unter dem 15. November 1853 die ihr gehörige Gastwirthschaft an Heinrich Müller. In einem Nachtrag zu dem Pachtvertrage verkaufte Müller sämmtliche von ihm in die Pachtwirthschaft eingebrachte Fahrniß, darunter selbst seine und seiner Ehefrau Kleider, an die Brauereigesellschaft um einen gewissen Kaufpreis. Das Verkaufte sollte jedoch nicht der Käuferin überlassen werden, sondern dem Verkäufer zur unentgeltlichen Benützung und ohne daß für den Ausfall oder die Abnützung irgend eine Entschädigung zu leisten wäre, verbleiben. Auch sollte der Kaufpreis nicht bezahlt, sondern unverzinslich angeborgt werden bis nach Beendigung des Pachtes. Bei Auflösung des Pachtes sollte der Pächter verbunden sein, wieder in das Eigenthum der verkauften Gegenstände um denselben Kaufpreis einzutreten; er sollte aber wegen etwa fehlender Fahrnißgegenstände oder deren Minderwerth keine Entschädigung ansprechen können. Endlich sollte die Fahrniß so lange Eigenthum der Verpächter bleiben, bis der Pächter die Verpächter um alle Forderungen, welche dieselben etwa aus dem Pachtvertrage an ihn zu machen haben möchten, befriedigt haben würde.

Nach Auflösung des Pachtverhältnisses erhoben die Verpächter Lachenmaier u. Gen., welche noch verschiedene Ansprüche aus dem Pachtverhältniß an den Pächter Müller zu haben behaupteten, gegen Diesen Anspruch auf das Eigen-

[1] Die im Texte unter lit. b mitgetheilte Entscheidung ist zwar schon in Seufferts Archiv, Bd. X, Nro. 243 veröffentlicht, sie wurde aber der Vollständigkeit halber in die obige Sammlung mit aufgenommen.

thum eines Theiles der von ihm in das Wirthschaftsgebäude eingebrachten Fahrniß auf Grund des besagten Nachtrags zu dem Pachtvertrage, wodurch sie die Fahrniß erkauft zu haben behaupteten. Der Anspruch wurde jedoch abgewiesen, indem der Vertheidigung des Beklagten beigetreten wurde, daß der erwähnte Nachtrag in Wirklichkeit keinen Kaufvertrag, sondern einen verschleierten Sicherstellungsvertrag enthalte. In der Begründung der oberstrichterlichen Entscheidung ist gesagt:

Laut Inhalts des Nachtragsvertrags war weder ein Kaufsgegenstand zu übergeben, noch ein Kaufpreis zu bezahlen und es äußerte überhaupt der ganze Vertrag, wenn bei Auflösung des Pachtverhältnisses aus demselben die Verpächter keine Forderungen zu machen hatten, gar keine Wirkung, es verblieb vielmehr Alles so, wie wenn der so benannte Kaufvertrag gar nicht abgeschlossen gewesen wäre. Nur für den Fall, wenn und insoweit nach dem Aufhören des Pachtes Ansprüche der Verpächter aus demselben sich ergeben sollten, hatte der Vertrag eine Bedeutung. Für diesen Fall verordnete er, obwohl im Widerspruch mit der Bestimmung, daß bei Auflösung des Pachtes der Pächter wieder in das Eigenthum der verkauften Fahrniß einzutreten habe, daß dieselbe im Eigenthum der Verpächter bleiben, bis dieselben um ihre Ansprüche aus dem Pachtvertrage befriedigt sein würden. Aus allem diesem erhellt, daß die wahre Absicht der Betheiligten keineswegs die war, einen wirklichen Kauf- und Verkaufsvertrag über die Fahrniß, die ja dem Pächter bei seinem Wirthschaftsbetriebe unentbehrlich war, zu schließen, sondern nur die, den Verpächtern Sicherheit für ihre etwaigen Forderungen zu verschaffen und daß der Vertrag nur zum Schein in die Form eines Kaufvertrages eingekleidet wurde .... Die beabsichtigte bloße Sicherstellung der Verpächter konnte aber nur durch Bestellung der Fahrniß als Faustpfand erreicht werden, dessen gesetzliche Erfordernisse ermangeln. Mithin können die Verpächter weder aus dem bloß zum Schein

abgeschlossenen Kaufvertrage, noch aus einem Faustpfandvertrage ein Recht für sich ableiten.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Juli 1857 in der Appellationssache Müller c. Lachenmaier.

d. Unter dem 1. März 1855 stellte der Buchhändler Stoppani einem Gläubiger desselben, dem Kaufmann Hörmann eine Urkunde aus, daß er dem Letzteren einen genau bezeichneten Theil seiner Verlagswerke um die Summe von 3000 fl. verkauft habe. Auf Grund dieser Urkunde behauptete Hörmann in dem über Stoppani ausgebrochenen Gante vermöge Kaufvertrags Eigenthümer der fraglichen Verlagswerke geworden zu sein, und nahm dieselben, beziehungsweise den Erlös daraus mit Absonderungsrecht in Anspruch. Der Anspruch wurde jedoch als ungegründet abgewiesen, indem der angebliche Kaufvertrag als ein simulirter erkannt wurde. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe besagen dießfalls:

Schon der Inhalt der Vertragsurkunde muß Zweifel erregen, daß es den Kontrahenten um Eingehung eines wirklichen Kaufvertrages zu thun gewesen sei, wenn man erwägt, wie einer Seits der angebliche Kaufschilling dem Stoppani von Hörmann nicht bezahlt wurde, sondern durch die von Hörmann auf die Herstellung der erwähnten Werke aufgewendeten Kosten und ein dem Stoppani gegen einen Solawechsel angeliehenes Kapital von 2000 fl. ausgeglichen werden sollte, es also den Kontrahenten offenbar zunächst und hauptsächlich darum zu thun war, dem Hörmann wegen dieser Forderungen von Stoppani Deckung zu verschaffen, anderer Seits aber die angeblich an Hörmann verkauften Werke diesem auch nicht wirklich übergeben wurden, sondern in der Detention Stoppanis bleiben und nach wie vor durch diesen zum Verkauf gebracht werden sollten. Die hieraus sich ergebenden Zweifel hinsichtlich eines wirklich beabsichtigten Kaufvertrags erhalten aber ihre volle Bestätigung durch die beiderseitigen Bücher der Kontrahenten, aus welchen sich ergibt, daß diese selbst das ge-

dachte Rechtsgeschäft nicht als wirklichen Kauf betrachtet, demselben die Wirkungen eines solchen nicht beigelegt haben.

Hätte es sich nämlich von einem wirklichen Verkaufe der erwähnten Werke an Hörmann gehandelt und wäre somit Hörmann dem Stoppani wirklich einen Kaufschilling von 3000 fl. schuldig geworden, der, wie es in der Vertragsurkunde heißt, durch die Wechselforderung Hörmanns im Betrage von 2000 fl., sowie ein weiteres dem Stoppani gemachtes Anlehen, das sich nach dem Hörmann'schen Hausbuch auf 500 fl. belief, hätte ausgeglichen werden sollen, so wären eben damit diese Forderungen Hörmanns an Stoppani erloschen. Nun ist zwar in dem Hausbuch Hörmanns von einem Kaufschilling von 3000 fl. laut Kaufvertrags vom 1. März 1855 die Rede und dabei bemerkt, durch den Kaufschilling seien getilgt der Betrag der Wechselschuld von 2000 fl., der Betrag des Anlehens von 500 fl., sowie die Zinsen im Betrag von 261 fl. 2 kr. Es ist aber weder dem Stoppani ein Kaufschilling von 3000 fl. gutgeschrieben, noch ist ihm der erwähnte Betrag von 2161 fl. 2 kr. an seiner Schuld abgeschrieben, vielmehr aber dieser Betrag wieder in die neue Rechnung pro 1855/6 als vom 1. März 1855 an verzinsliche Schuld Stoppani's übertragen, was nur geschehen konnte, wenn dem angeblichen Kaufvertrag die Wirkung eines solchen nicht beigelegt wurde. Da sodann die Schuld Stoppani's sich auf 2761 fl. 2 kr. berechnete, der angebliche Kaufschilling für die in der Urkunde vom 1. März 1855 genannten Verlagswerke aber auf 3000 fl. festgesetzt war, so wäre der Mehrbetrag von 238 fl. 58 kr. dem Stoppani von Hörmann zu bezahlen oder gutzuschreiben gewesen, was ebenfalls nicht geschehen ist. Ebenso wie das Hausbuch Hörmann's spricht auch das Hauptbuch Stoppani's dafür, daß die Kontrahenten bei der Uebereinkunft vom 1. März 1855 einen wirklichen Kauf abzuschließen nicht beabsichtigten, indem in jenem Hauptbuch die Forderungen Hörmann's, sowie die an ihn geleisteten Zahlungen speziell eingetragen, namentlich auch

die Wechselforderung von 2000 fl. und das Anlehen von 500 fl., welche beide Forderungen angeblich durch den Kaufschilling kompensirt werden sollten, aufgeführt sind; davon aber, daß Hörmann dem Stoppani einen Kaufschilling von 3000 fl. schuldig geworden und dadurch eine Kompensation bewirkt worden sei, Nichts erwähnt ist, was sich nur damit erklären läßt, daß Stoppani selbst in der getroffenen Uebereinkunft keinen wirklichen Kaufvertrag erblickte .... Nach allem diesem muß als erwiesen angenommen werden, daß der Vertrag vom 1. März 1855 ein simulirter war, durch den das Eigenthum an den in Frage stehenden Büchern nicht wirklich auf Hörmann übertragen werden wollte und übertragen worden ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Juni 1858 in der Appellationssache Stoppani c. Hörmann.

e. Joseph Keckeisen hatte dem Bauer Zachäus Stimmler zu verschiedenen Malen Geld vorgestreckt und hier und da Abschlagszahlungen erhalten. Bei einer Abrechnung vom 11. September 1850 ergab sich ein zu 4½ % verzinslicher Schuldrest des Stimmler von 636 fl. 40 kr. Um diese Summe erkaufte Keckeisen laut einer an demselben Tag aufgenommenen Urkunde von Stimmler dessen gesammtes Vieh und landwirthschaftliche Fahrniß nebst sämmtlichen Frucht- und Futtervorräthen, allem Bau- und Brennholz, auch der Ernte auf dem Halm; es wurde aber dabei bestimmt, daß dem Stimmler diese sämmtlichen Gegenstände gegen Bezahlung eines dem Betrage der Zinse aus den 636 fl. 40 kr. entsprechenden Miethzinses miethweise belassen werden solle. Auf Grund dieses Vertrages nahm Keckeisen, nachdem Stimmler in Gant gerathen, das in der Masse vorhandene Vieh, Naturalvorräthe u. s. w. mit Absonderungsrecht in Anspruch. Der Anspruch wurde jedoch abgewiesen, weil der angebliche Kaufvertrag als ein bloßes Scheingeschäft erachtet wurde, und es besagen hierüber die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Daß es bei dem Geschäfte vom 11. September 1850

den Betheiligten nicht darum zu thun war, das Eigenthum der in der Vertragsurkunde aufgeführten Gegenstände auf Keckeisen zu übertragen, daß vielmehr ihre wahre Absicht dahin ging, demselben für seine laut der Abrechnung vom nämlichen Tage bestehende Darlehensrestforderung von 636 fl. 40 kr. bevorzugte Befriedigung aus der verfügbaren Fahrniß des Schuldners mittelst Verschaffung eines Absonderungsrechtes für den Fall eines Vermögensangriffes zu sichern, ergibt sich aus dem Inhalte der getroffenen Bestimmungen und den übrigen Umständen des Falles mit solcher Klarheit, daß hierwider die von den Betheiligten gewählte Form des Geschäftes und ihre übereinstimmende Bezeichnung desselben als eines Kaufvertrages nicht entscheidend sein können. Denn die von Stimmler an Keckeisen angeblich verkauften Gegenstände bestanden in sämmtlichem Vieh, in sämmtlichen landwirthschaftlichen Geräthschaften und in sämmtlichen Frucht= und Futtervorräthen, ferner in der ganzen noch auf dem Halm befindlichen Korn= und Roggenerndte und in 30 Klafter Bau= und Brennholz, welche der Käufer sollte schlagen dürfen. Diese Gegenstände waren dem Stimmler für den Betrieb des ihm verbleibenden Bauerngutes zum Theil geradezu unentbehrlich. Zwar sollten dieselben dem Verkäufer gegen Bezahlung eines Miethzinses zur Nutznießung überlassen bleiben. Allein wie konnten die zum größten Theile aus verbrauchbaren Sachen bestehenden Vertragsgegenstände, die Naturalvorräthe, die Halmfrüchte, das Holz Gegenstand einer Vermiethung und einer nicht mit ihrem Verbrauche verbundenen Benützung sein? Nach bekannten Grundsätzen konnte sodann das Eigenthum der mit dem Grund und Boden zusammenhängenden Feldfrüchte und des Holzes auf dem Stamme von dem Käufer nur durch die Einheimsung, beziehungsweise Fällung auf den Käufer übergehen, welche aber von seiner Seite nicht stattgefunden hat. Zwar sollten nach einer weiteren Vertragsbestimmung an die Stelle der von dem Verkäufer verbrauchten Früchte die neu per=

zipirten treten. Allein auch hienach wären diese Früchte als Eigenthum des Stimmler zu betrachten, welcher mithin nicht die Benützung seiner eigenen Sache sich abtreten lassen konnte; und wie wäre mit der Unterstellung eines wirklichen Kaufvertrages es vereinbar, daß dem Verkäufer die Sache verblieb?

Die Vertragsbestimmung, daß der Verkäufer von der verkauften Fahrniß Nichts veräußern oder verpfänden dürfe, würde bei einem ernstlich gemeinten Kaufvertrage sehr sonderbar sich ausnehmen, weil es sich von selbst verstanden hätte, daß der Verkäufer über die in das Eigenthum des Käufers übergegangene Fahrniß, wenn ein solcher Uebergang wirklich stattgefunden hätte, nicht mehr verfügen dürfe. Noch auffallender würde aber unter dieser Voraussetzung die weitere Vertragsbestimmung sein, daß, wenn der Verkäufer aus der verkauften Fahrniß einen größeren Erlös als den Anschlag, d. h. den Kaufpreis von 636 fl. 40 kr., sollte erzielen können, er dieselbe mit Genehmigung des Käufers veräußern dürfe, und daß er in diesem Falle nur die Anschlagssumme an Keckeisen zu bezahlen habe, den Mehrerlös aber für sich behalten dürfe.

Weiter ist es ein sehr erheblicher Umstand, daß äußerlich im Wesentlichen Alles so verblieb, wie wenn der so benannte Kaufvertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre, daß nicht nur der Miethzins für die Benützung der Fahrniß genau dem bedungenen 4½prozentigen Zinse aus der Kaufssumme entsprechend festgesetzt wurde, sondern auch Keckeisen im Stimmler'schen Gante nicht etwa den erwähnten Miethzins, sondern seine Kapitalforderung von 636 fl. 40 kr. nebst den daraus verfallenen Zinsen liquidirte und seine Befriedigung um diese Forderung mit Absonderungsrecht an dem in der Masse vorhandenen Vieh, den Naturalvorräthen, der Anblum und der noch auf dem Stamme befindlichen 30 Klafter Holz in Anspruch genommen hat, während doch, wenn ein wirklicher Kaufvertrag stattgehabt hätte, die ursprüngliche Forderung des Keckeisen mittelst

käuflicher Ueberlassung der fraglichen Fahrniß an Zahlungsstatt erloschen sein würde. . . . .

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß bei der Uebereinkunft vom 11. September 1858 die Abschließung eines Kauf- und eines demselben angehängten Miethvertrages von den Kontrahenten nicht ernstlich beabsichtigt, daß es ihnen vielmehr lediglich darum zu thun war, dem Keckeisen für dessen Darlehensforderung mittelst der täuschenden Form eines stattgehabten Verkaufes die schon erwähnte Sicherstellung zu verschaffen. Es fehlt daher dem Absonderungsanspruche des Keckeisen an der wesentlich erforderlichen Grundlage, dem Uebergang des Eigenthums der Fahrniß auf ihn, und wenn man annehmen wollte, es sei eine Sicherstellung durch Pfand beabsichtigt worden, so würde auch diese nicht zu Stande gekommen sein, weil die Vertragsgegenstände nicht zu Handen des Gläubigers oder eines Dritten übergeben worden sind.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Dezember 1858 in der Appellationssache Keckeisen c. Leihkasse Bodnegg.

f. Laut Vertrages vom 15. Februar 1853 verkauften die Gebr. Enßle an das Handlungshaus M. C. Fischer, welches mehrere Forderungen an Erstere zu machen hatte, ihre Spinnereieinrichtung um die Summe von 5000 fl., deren Empfang sie bescheinigten, dagegen aber sich verpflichteten, binnen der Frist von acht Jahren die Spinnereieinrichtung um denselben Preis zurückzukaufen und schon während dieser Frist Abschlagszahlungen am Rückkaufschilling zu leisten. Für die Zwischenzeit wurden ihnen die Kaufsobjekte pachtweise zur Benützung überlassen gegen Entrichtung eines jährlichen Pachtgeldes von 250 fl., welches sich im Verhältniß der geleisteten Abschlagszahlungen zum Rückkaufschilling vermindern sollte. Das Eigenthum aber sollte erst nach vollständiger Bezahlung des Rückkaufschillings wieder auf sie übergehen.

Als nun, nachdem die Gebr. Enßle in Gant geratheu, die Gebr. Eisenlohr als Rechtsnachfolger des Handlungs-

hauses M. C. Fischer auf Grund vorbesagten Vertrages die Spinnereieinrichtung mit Eigenthumsrecht in Anspruch nahmen, bestritten die Gläubiger, daß Fischer das Eigenthum erworben habe, indem geltend gemacht wurde, daß es den Kontrahenten in Wahrheit nicht um die Eingehung eines Kaufvertrages, sondern darum zu thun gewesen sei, dem genannten Handlungshause für dessen Forderung von 5000 fl. eine dingliche Sicherheit an einer im Besitze der Schuldner verbleibenden beweglichen Sache zu bestellen, und daß sie das Geschäft nur zum Schein in die Form eines Kauf- und Rückkaufvertrages eingekleidet haben. Diese Einwendung wurde für gegründet erkannt und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen dießfalls ausgeführt:

Der Beweis der Simulation liegt in dem Inhalt der Vertragsbestimmungen selbst und zwar sind folgende Erwägungen entscheidend,

daß der Wiederkauf der Spinnereieinrichtung den Gebr. Enßle nicht freigestellt wurde, sondern daß sie in demselben Vertrag, in welchem sie die Spinnereieinrichtung an M. C. Fischer verkauften, sich verpflichteten, diese um den nämlichen — binnen acht Jahren zu bezahlenden — Preis zurückzukaufen; daß auch M. C. Fischer sofort an den Rückverkauf gebunden war, indem er sich sogar verpflichtete, noch vor dem Ablauf der acht Jahre die Spinnereieinrichtung der Gebr. Enßle gegen Erlegung des Kaufpreises zurückzugeben, und indem die Letzteren nur für den Fall, daß sie den Rückkauf nicht rechtzeitig erfüllen, ihre Rechte daraus verwirkt haben sollten; daß somit der Verkauf und der Rückkauf gleichzeitig zur Perfektion gelangten; daß ebendeßhalb das Handlungshaus M. C. Fischer, welches nach der Urkunde die ihm aus früherer Zeit gegen die Gebr. Enßle zustehenden Forderungen an seiner Kaufschillingsschuldigkeit abrechnete und das nach deren Abrechnung am Kaufschilling Fehlende durch baare Zahlung ergänzte, keinen Augenblick aufhörte, der Gläubiger der

Gebr. Enßle zu sein, vielmehr durch diese Baarzahlung sein Guthaben auf 5000 fl. erhöhte, insofern die Gebr. Enßle verbunden waren, dieselbe Summe von 5000 fl., welche sie als Kaufschilling empfangen zu haben bescheinigt hatten, unter dem Namen eines Rückkaufschillings zurückzubezahlen; daß durch die Bestimmungen über das Pachtgeld, welches 250 fl. betragen, aber im Falle geleisteter Abschlagszahlungen am Rückkaufschilling je in dem Verhältniß, in dem diese Zahlungen zum Rückkaufschilling stehen, sich vermindern sollte, nichts Anderes festgesetzt wurde, als die Verbindlichkeit der Gebr. Enßle, das ihnen angeborgte Kapital von 5000 fl. zu 5 % zu verzinsen; daß die Gefahr der Kaufsobjekte schon nach allgemeinen Grundsätzen mit der Perfektion des Rückkaufs von den Rückkäufern zu tragen war, daß also, da Kauf und Rückkauf zu gleicher Zeit perfekt wurden, die Gefahr nach wie vor bei den Gebr. Enßle verblieb; daß überdieß die Gebr. Enßle sich verbindlich machten, während der Dauer des angeblichen Pachtes die Werkeinrichtung in gutem Zustand zu erhalten, alle Reparaturen zu bestreiten, sogar die durch Abnützung unbrauchbar gewordenen Maschinen zu ergänzen, die Steuern und öffentlichen Abgaben zu bezahlen, und daß M. C. Fischer gegen jeden Ersatz hiefür sich verwahrte; daß somit die praktische Folge der angeblichen Uebertragung des Eigenthums auf M. C. Fischer nur darinnen bestand, daß, wenn die 5000 fl. binnen der Frist von acht Jahren von den Gebr. Enßle nicht vollständig heimbezahlt würden, die Werkeinrichtung dem Fischer als Eigenthum verfallen sein sollte.

Aus allem Diesem ergibt sich, daß es den Kontrahenten in Wirklichkeit nicht um den Abschluß eines Kaufes zu thun war. Der Sache nach war das Geschäft lediglich darauf gerichtet, von Seiten des Handlungshauses M. C. Fischer den Gebr. Enßle die Summe von 5000 fl. auf acht Jahre verzinslich anzuleihen, beziehungsweise anzuborgen und das Handlungshaus als Gläubiger dadurch

sicher zu stellen, daß ihm für seine Forderung die Spinnereieinrichtung verhaftet blieb und, wenn es nicht rechtzeitig befriedigt würde, verfallen sein sollte. Seinem wahren Inhalt nach ist daher das Geschäft nichts Anderes, als eine Verpfändung mit kommissarischem Nebenvertrag. Die gewählte Form eines Kauf-, Rückkauf- und Pachtvertrages aber ist nur das äußere Gewand, welches dazu dienen sollte, den wahren Inhalt des Geschäftes zu verhüllen. Weil zur giltigen Verpfändung der Maschinen die Uebergabe derselben zu Handen des Gläubigers oder eines Dritten erforderlich war, die Gebr. Enßle aber die Maschinen nicht entbehren konnten, so suchten die Kontrahenten unter dem Schein eines Kaufes 2c. dasselbe zu erreichen, was auf geradem offenem Wege ohne Uebertragung der Detention nicht erreicht werden konnte. Bei der rechtlichen Beurtheilung des Vertrages aber kommt es nicht darauf an, als was für ein Geschäft die Kontrahenten den Vertrag Dritten gegenüber erscheinen lassen wollten, sondern darauf, als was der Vertrag nach seinem wahren Gehalt und nach der wahren Absicht der Kontrahenten sich darstellt, und da das intendirte Geschäft kein Kauf, sondern ein Pfandvertrag ist, zu dessen giltigen Abschluß die Ausfolge der Maschinen erforderlich gewesen wäre, so folgt, daß das Handlungshaus M. C. Fischer auf den Grund jenes Geschäftes nicht Eigenthümer der Maschinen geworden ist.

**Entscheidung des Obertribunals vom 18. Oktober 1859 in der Appellationssache K. Hofbank c. Gebr. Eisenlohr.** [2]

g. Laut Vertrages vom 18. September 1856 verkaufte Louise Reuttner ihre gesammte kurz zuvor zu 7019 fl. angeschlagene Fahrniß an einen Gläubiger derselben, den Schultheißen Schmittele, um 4000 fl., wobei bestimmt wurde, daß der Kaufschilling durch Uebernahme von verschiedenen

---

[2] **Die unter lit. f. mitgetheilte Entscheidung findet sich auch in Tafel's Civilrechtssprüchen, Bd. IV, S. 147 ff.**

Schuldposten bezahlt werde und die Verkäuferin die fragliche Fahrniß Ein Jahr lang unentgeltlich benutzen dürfe, jedoch verbunden sein solle, sie in gutem Stand zu erhalten, bezw. das Abgehende wieder zu ergänzen. Auch wurde ihr die Befugniß des Rückkaufs innerhalb eines Jahres um denselben Preis von 4000 fl. eingeräumt. Auf Grund dieses Vertrages sprach Schmittele nach ausgebrochenem Gante über die Louise Reuttner die Fahrniß mit Eigenthumsrecht an; es wurde jedoch eingewendet, daß nur ein Scheinkauf vorliege und diese Einwendung wurde für gegründet erkannt. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe besagen:

Schmittele hatte zur Zeit des Vertragsschlusses unbestritten zwei Forderungen von 800 fl. und 220 fl. als Anlehen an die Louise Reuttner zu machen und sich zugleich für zwei Schuldforderungen Dritter im Betrag von 1000 fl. und 650 fl. verbürgt. Von der Fahrniß, wie sie Schmittele gekauft haben will, waren, wie sich später herausstellte, nicht unbeträchtliche Bestandtheile des Silberzeuges nicht mehr vorhanden, was darauf hindeutet, wie Schmittele die Fahrniß ohne alle genauere Untersuchung ihres Bestandes angenommen haben muß. Das Kaufsobjekt hat das gesammte bewegliche Vermögen der Reuttner, selbst die unentbehrlichsten Gegenstände und ebenso ganz geringfügige Sachen in sich geschlossen und kann dieselbe unmöglich die Absicht gehabt haben, ihre ganze Fahrniß, selbst das Unentbehrlichste an Kleidungsstücken, Bettgewand und Geräthschaften zu verkaufen. Es kommt ferner in Betracht, daß Schmittele, abgesehen von seinen oben erwähnten Guthaben und Bürgschaften, seiner Seits kein Interesse hatte, eine solche Menge der verschiedensten Gegenstände an sich zu bringen, was in Verbindung mit dem der Verkäuferin verstatteten Rückkaufsrechte zeigt, daß es dem Schmittele bei Eingehung des fraglichen Geschäftes nicht so fast um die Fahrniß selbst, als lediglich nur um die Sicherstellung wegen seiner Guthaben zu thun gewesen

ist. Die gesammte Fahrniß wurde, wie bei solchen Gegenständen nicht gewöhnlich ist, der Reuttner nach wie vor auf ein Jahr unentgeltlich überlassen, obwohl sich viele sehr werthvolle Sachen darunter befanden, deren sie nicht mit Nothwendigkeit bedurfte.

Die angebliche Verkäuferin sollte die ihr auf ein Jahr gelassene Fahrniß in gutem Stand erhalten, und unerachtet die Uebertragung des Eigenthums erfolgt sein sollte, war sie doch ohne alle Unterscheidung verpflichtet, „das Abgehende zu ersetzen", sonach die Gefahr nach wie vor bei ihr verblieb. Im Vertrage vom 18. September 1856 ist sodann der Guthaben des Schmittele von 800 fl. und 220 fl. nicht erwähnt, sondern gesagt, der Kaufschilling von 4000 fl. werde heute durch Uebernahme von Schuldposten bezahlt ... Es regt dies die Vermuthung an, daß man den Thatumstand, daß Schmittele Gläubiger der Reuttner und bei einem Gante derselben betheiligt sei, verdecken wollte. Die oben erwähnte Anführung in dem Vertrage war sodann keineswegs der Wahrheit gemäß, sondern simulirt, indem Schmittele zu jener Zeit keine Schuldposten der Reuttner übernommen hat. Es kommt diese Simulation in Verbindung mit der Beurkundung der Verkäuferin, sie sei dem Schmittele theils durch Uebernahme von verschiedenen Schuldposten, theils durch mehrere kleine Anlehen 4000 fl. schuldig geworden, auch insoferne in Betracht, als sie augenfällig darauf berechnet war, den Schmittele gegen die gefährliche Bestimmung des Vertrages, daß er einen Kaufschilling von 4000 fl. zu bezahlen habe, zu schützen und glauben zu machen, derselbe sei bereits bezahlt, und so spricht gerade diese wahrheitswidrige Beurkundung dafür, wie wenig es den Kontrahenten Ernst war, einen Kaufschilling von 4000 fl. zu bezahlen und zu erhalten, und daß demzufolge die Eingehung eines Kaufes nicht in ihrer wahren Absicht lag. Besonders aber fällt der weitere Umstand in die Wagschale, daß Schmittele unerachtet jenes Vertragspunktes, wo der Kaufschilling als bezahlt bezeich-

net wird, seine Schuldscheine über die oben erwähnten Guthaben von 800 fl. und 220 fl. weder zurückgegeben, noch auf denselben die Tilgung dieser Posten irgendwie bemerkt, ja sogar in seiner Abrechnung vom 15. Januar 1857 den Zins aus den 800 fl. bis zum 1. Januar 1857 fortberechnet hat, und daß in Uebereinstimmung hiemit auch die Reuttner bei dem Ausbruch des Gantes über ihr Vermögen ihre gesammte Fahrniß als ihr Eigenthum und die Forderungen des Schmittele als noch bestehend angegeben hat.

Faßt man dieß Alles zusammen, so ergibt sich, daß es den Kontrahenten nicht um die Uebertragung des Eigenthums fraglicher Fahrniß und noch viel weniger um die wirkliche Bezahlung eines Kaufgeldes von 4000 fl., also nicht um den Abschluß eines Kaufes zu thun und das Geschäft der Sache nach vielmehr darauf gerichtet war, daß die Fahrniß vorderhand der Reuttner verbleiben und dem Schmittele nur die Möglichkeit offen erhalten werden sollte, sich seiner Zeit, wenn er für seine Forderungen keine Befriedigung erlange und seine Bürgschaftsschuldner bezahlen müßte, an die Fahrniß halten zu können. . . . . Die Form des Kaufes ist daher nur die Hülle gewesen, welche zur Verdeckung des wahren Inhalts des Geschäftes dienen sollte. Bei der rechtlichen Beurtheilung eines Rechtsgeschäftes aber kann es nicht darauf ankommen, als was für ein Geschäft die Kontrahenten den Vertrag ausgegeben haben und Dritten gegenüber erscheinen lassen wollten, sondern darauf, als was derselbe nach seinem wahren inneren Gehalt und nach der wahren Absicht der Kontrahenten sich darstellt: „non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur.“ [3] Was aber die Kontrahenten im vorliegenden Falle wirklich bezweckt haben, die Sicherstellung des Schmittele für sein Guthaben durch Verpfändung der

[3] l. 5 § 5, D. de donat. inter. vir. et ux. (24,1); cst. 3 Cod. plus valere, quod agitur (4, 22).

fraglichen Fahrniß, konnte ohne Uebertragung der Detention ꝛc., woran es fehlt, nicht erreicht werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Februar 1861 in der Appellationssache Schmittele c. Reuttner'sche Gläubiger.

h. David Klopfer hatte an den Grafen v. Waldbott-Bassenheim eine Wechselforderung von 17,800 fl., welche auf Exekution stand. Zu deren Abwendung kam am 5. November 1859 zwischen David Klopfer und dem Generalbevollmächtigten des Grafen eine Uebereinkunft zu Stande, wodurch zunächst über die Zahlung der Forderung Bestimmungen getroffen wurden, sodann aber weiter festgesetzt wurde, daß Graf Bassenheim dem Klopfer mit allen Rechten und Klagen rechtsförmig abtrete die in den Jahren 1860 und 1861 fällig werdenden Pachtschillinge aus seinen in Württemberg gelegenen Besitzungen, deßgleichen alle ihm zustehenden Rechte rücksichtlich des gesammten beweglichen, todten und lebenden Inventars, als Brauerei-, Oekonomie-, Gewerbeeinrichtungsgegenstände und sonstige Geräthschaften und Fahrnisse, auch Pferde, Vieh, Schaafe, Futter, Stroh u. s. w., wie dieß Alles der Graf seinen Gutspächtern in Pacht gegeben habe; insbesondere überlasse der Graf an Klopfer das Eigenthum aller in den Pachtverträgen bezeichneten beweglichen Gegenstände, soweit solche noch vorhanden, und übertrage sie anmit in den Besitz des David Klopfer, mit dem Anfügen, daß der Graf, bezw. dessen Gutspächter für ihn, die erwähnten Gegenstände nur um deßwillen noch länger innehaben, weil sie dem Grafen von Klopfer zur Benützung durch die Pächter bis auf Weiteres belassen werden. Weiter werden abgetreten alle Ersatzansprüche des Grafen an die Pächter wegen fehlender Gegenstände u. s. w. Außerdem überließ der Graf an Klopfer das Eigenthum alles weiteren auf seinen Besitzungen in Heggbach befindlichen Inventars, welches den Pächtern nicht mit in Pacht gegeben worden, und übertrug auch den Besitz an diesen Gegenständen an Klopfer mit dem Anfügen, daß er die Gegenstände dieses Inventars

nur mehr zu dem Zwecke inne habe, um solche durch seine Rentamtsverwaltung in Heggbach für Rechnung des Klopfer verwerthen zu lassen. Als Valuta, resp. Kaufschilling für Alles wurde die Summe von 17,800 fl. bestimmt, welcher Betrag übrigens Klopfer nicht nur insolange angeborgt sein solle, bis derselbe für seine Forderung von gleichem Betrage sammt Zinsen vollständig befriedigt sein werde, sondern von welchen Klopfer auch diese seine Forderung selbst, sowie alles Dasjenige in Abzug solle bringen dürfen, was ihm von dem Abgetretenen und Ueberlassenen aus irgend einem Grunde nicht wirklich und thatsächlich zufließe.

In einem Nebenvertrag von demselben Tage wurde dann noch bestimmt, daß, sobald Klopfer um seine Forderung von 17,800 fl. nebst Zinsen befriedigt sei, es beiden Kontrahenten freistehen solle, von dem Hauptvertrage zurückzutreten, so daß derselbe rückwärts seine Kraft verliere.

Auf Grund dieses Vertrages nahm Klopfer, dessen Forderung sich inzwischen durch Zahlungen auf 5222 fl. vermindert hatte, für diese Forderung ein Absonderungsrecht von den in den Verträgen vom 5. November 1859 abgetretenen Sachen und Rechten in der Weise in Anspruch, daß der Kaufschilling für diese Gegenstände auf das Restguthaben des Klopfer abgerechnet werde. Der Absonderungsanspruch wurde abgewiesen, indem die von den übrigen Gläubigern erhobene Einwendung, daß der Kaufvertrag vom 5. November 1859 nur zum Scheine abgeschlossen worden, als gegründet erkannt wurde. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe besagen dießfalls:

Faßt man den Inhalt der Verträge vom November 1859 und das Wesen des Kaufvertrages, welches in der Uebertragung des Kaufobjektes auf einen Andern gegen einen bestimmten Preis besteht, in's Auge, so fällt zunächst auf, daß die Wechselschuld des Käufers an David Klopfer, obschon der in dem angeblichen Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreis genau dem Betrage derselben, wie sie auf den

31. Dezember 1859 festgesetzt worden, entspricht, durch den Kaufpreis nicht getilgt werden, vielmehr trotz des Kaufes fortbestehen sollte; daß ferner gleichzeitig mit dem Kaufvertrage besondere Zahlungen auf die Wechselschuld vereinbart wurden und der Kaufschilling insolange angeborgt wurde, bis der Käufer um die Wechselsumme vollständig befriedigt sein werde. Hieraus ergibt sich zunächst, daß nicht etwa davon die Rede sein kann, daß die Kaufsobjekte an Zahlungsstatt für die Schuld gegeben und übernommen werden wollten — in welchem Falle allein ein Kauf von Seiten des Klopfer nach der Besonderheit der Vertragsobjekte erklärlich wäre. Setzt man sodann aber mit diesen Bestimmungen des Hauptvertrages vom 5. November in Verbindung diejenige des Nebenvertrages von demselben Tage, wonach, sobald die Wechselschuld vollständig bezahlt sein werde, beiden Kontrahenten der Rücktritt vom Kauf in der Weise, daß derselbe seine Kraft rückwärts verliere, freistehen solle, so ist klar, daß die Summe von 17,800 fl. des angeblichen Kaufvertrages vom 5. November in Wahrheit einen Kaufschilling nicht darstellt, daß vielmehr die Festsetzung derselben als Kaufpreis nur zum Scheine und lediglich in der Absicht erfolgt ist, ohne wirklichen Ankauf der fraglichen Objekte dem angeblichen Käufer eine Handhabe zu bieten, für den Fall, daß ein Theil seiner Wechselforderung nicht bezahlt würde, und zumal im Fall eintretender — damals schon zu befürchtender — Insolvenz des Schuldners sich um diesen Rest aus den angeblichen Kaufsobjekten Befriedigung zu verschaffen.

Hiezu kommt neben der für einen Kaufvertrag ganz ungewöhnlichen summarischen Bezeichnung der Vertragsgegenstände das bedeutende Mißverhältniß des Werthes der Kaufsobjekte zu dem Kaufpreise, und wenn hiegegen auf das der Hofbank zugestandene Pfandrecht hingewiesen worden ist, so spricht gerade der Umstand, daß Klopfer nicht wissen konnte, inwieweit seine Rechte durch diejenige der Hofbank illusorisch werden gemacht werden, sowie daß sie

auch bezüglich der abgetretenen Holzkaufschillinge eine sichere Grundlage zur Bestimmung eines Kaufpreises so wenig, als der Kridar, hatten, gegen die Ernstlichkeit eines Kaufes, während, wenn es sich bloß um Sicherstellung des angeblichen Käufers handelte, ohne Gefährdung des Schuldners möglichst viele Gegenstände in den Vertrag hereingezogen werden konnten, wie dieß nach Inhalt des Vertrages auch geschehen ist.

Ferner konnte aber auch an den Verkauf eines großen Theiles der Fahrniß von bedeutendem Werthsbetrage deßhalb nicht ernstlich gedacht werden, weil diese Fahrniß den Pächtern unentbehrlich war, weßhalb offenbar die Kontrahenten auch bestimmten, daß die Fahrniß dem Verkäufer, bezw. den Pächtern desselben „bis auf Weiteres" zur Benützung noch überlassen werde. Aber auch diese schon an sich höchst vage Bestimmung zeigt klar, daß die Kontrahenten nur die äußere Form des Kaufvertrages gewählt haben, weil ein Faustpfandvertrag nach den gegebenen Verhältnissen nicht möglich war. Weil zu einer rechtsgiltigen Verpfändung der Objekte die Uebergabe derselben an den Gläubiger oder einen Dritten erforderlich war, dieser Uebergabe aber die Unentbehrlichkeit eines großen Theiles der Fahrniß für die Pächter entgegenstand, — von den Forderungen, welche noch nicht einmal existent waren, ganz abgesehen — wurde, um dasselbe, die Sicherstellung des Klopfer für seine Forderung, zu erreichen, die Form des Kaufes gewählt, während seinem wahren Inhalt und der wirklichen Absicht der Kontrahenten nach das Geschäft nichts Anderes, als eine Verpfändung war.

Für die rechtliche Beurtheilung eines Vertrages maßgebend ist aber nur die wirkliche Absicht der Kontrahenten und der wahre Gehalt des Vertrages und da der Vertrag nach dem Ausgeführten in Wahrheit nur auf Bestellung einer Pfandsicherheit, nicht auf Abschluß eines Kaufes und Uebertragung des Eigenthums an den angeblichen Kaufsobjekten auf Klopfer gerichtet war, so war derselbe mit

seinem auf das Eigenthum gegründeten Anspruch abzuweisen.

Entscheidung des Obertribunals vom 6. Juli 1872 in der Berufungssache Klopfer c. Gaupp und Gen.

### 9) Zahlung an einen von mehreren Forderungsberechtigten in gutem Glauben.

Durch Urtheil des vormaligen Civilsenates des Obertribunals vom 17. März 1849 war A. Landerer für schuldig erkannt worden, den Erben der Magd. Armbruster, nämlich dem Simon Armbruster und dessen vier Kindern die Summe von 14,616 fl. nebst Zinsen zu bezahlen, ohne daß hiebei ein formeller Ausspruch darüber erfolgt ist, welche Quote dem Vater und welche den Kindern an der Forderung zukomme. Es war aber bis dahin darüber kein Streit gewesen, daß den Kindern nur die Hälfte und die andere Hälfte dem Vater zustehe, und hatten sich in dieser Weise sowohl vor besagtem Urtheil, als nach demselben die Kinder und deren Vertreter mehrfach ausgesprochen. Landerer hat auf Grund des Urtheils die Hälfte seiner Schuld an die vier Armbruster'schen Kinder bezahlt, bezüglich der anderen Hälfte aber sich mit den Gantgläubigern des Simon Armbruster verglichen und im Jahr 1852 die Vergleichssumme an die Gantmasse entrichtet. Im Jahr 1871 traten nun aber die Armbruster'schen Kinder mit der Behauptung auf, daß die fragliche Forderung zur Zeit des Obertribunalsurtheils vom 17. März 1849 in Wahrheit ihnen allein zugehört habe und daß daher Landerer durch seinen Vergleich mit den Gantgläubigern des Vaters S. Armbruster von seiner Schuldverbindlichkeit nicht befreit worden sei, derselbe vielmehr die ganze Schuld an die Armbruster'schen Kinder zu entrichten habe. Die hierauf gerichtete Klage wurde jedoch in erster und zweiter Instanz abgewiesen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Der Richter erster Instanz hat den Anspruch der Kläger aus dem Grunde abgewiesen, weil die ausschließliche Forderungsberechtigung derselben nicht dargethan worden sei. Es ist nicht erforderlich, auf diese Frage weiter einzugehen, denn angenommen auch, aus den Deduktionen der Kläger könnte gefolgert werden, daß Simon Armbruster zu der entscheidenden Zeit wirklich keinen Anspruch auf den in Rede stehenden Aktivposten mehr gehabt habe, so erscheint die jetzige Klageführung dennoch als eine grundlose. . . . . Durch den Vergleich des Beklagten mit der Gantmasse des S. Armbruster und die Zahlung der Vergleichssumme an dieselbe ist die Verbindlichkeit des Beklagten erloschen, da derselbe nach allen maßgebenden Verhältnissen und insbesondere nach den eigenen Kundgebungen von Seiten der Kläger zu dem Glauben berechtigt war, daß der Vater Armbruster mindestens zur Hälfte Antheil an der Forderung habe, und daß alle Betheiligte darüber einig seien. . . . . Ist aber als außer Zweifel gestellt zu betrachten, daß der Beklagte zur Zeit des Vergleichsabschlusses bei seiner Annahme, daß der Vater Simon Armbruster zur Hälfte forderungsberechtigt sei, sich in gutem Glauben befunden habe, und war der Beklagte zu dieser Meinung durch das eigene ganze Benehmen der Kläger veranlaßt, so ist die Verbindlichkeit des Beklagten durch den Vergleich und speziell durch den in demselben enthaltenen Nachlaßvertrag auch den Klägern gegenüber erloschen [1]. Denn wenn mehrere Forderungsinteressenten dem Schuldner selbst zu erkennen geben, welche Antheile an der Forderung (die ipso jure getheilt ist) [2] jedem von ihnen gebühre, so müssen sie sich damit zufrieden geben, falls der Schuldner nach den ihm bezeichneten Quotienten an jeden Berechtigten Zahlung leistet oder mit denselben einen der Zahlung gleichstehenden befreienden Vertrag abschließt [3].

[1] Vergl. **Arndts**, Pand., 269.

[2] **Windscheid**, Pand., § 292.

[3] Vergl. **Wächter**, Erörterungen Heft I, S. 275 ff.

Sind die Forderungsinteressenten bei ihren dießfälligen Kundgebungen im Irrthum gewesen, so hat hiefür nicht der Schuldner einzustehen, sondern die Gläubiger haben die Folgen ihres Irrthums auf sich zu nehmen und nach Umständen die nöthige Ausgleichung unter einander selbst herbeizuführen. In derselben Weise wird der gute Glauben des Schuldners (ohne Rücksicht auf die wirkliche Sachlage) auch in anderen ähnlichen Rechtsverhältnissen als entscheidend betrachtet. Wenn eine Forderung abgetreten worden, der Schuldner weiß aber nichts von der Abtretung, oder wenn eine Assignation widerrufen wird, dem assignirten Schuldner ist aber der Widerruf nicht bekannt, und der Schuldner bezahlt den Cedenten oder Assignatar, oder wenn eine Schuld an einen Gantmann abgetragen wird ohne Kenntniß des Gantverfahrens, — so wird in allen diesen Fällen der Schuldner durch seine Zahlung (oder durch einen dieser gleichstehenden Erlaßvertrag) von seiner Verbindlichkeit befreit, obwohl er nicht an denjenigen Gläubiger bezahlt hat, welcher nach dem wirklichen Sachverhältniß zum Empfang der Zahlung berechtigt gewesen wäre [4]. Dieselben Grundsätze müssen auch in dem vorliegenden Falle zur Geltung kommen, welcher dem erwähnten Falle der Zahlung 2c. eines Schuldners an den Cedenten nach erfolgtem Forderungsübergang gleichsteht. Denn die Kläger räumen selbst ein, daß ursprünglich die fragliche Forderung dem Vater S. Armbruster zur Hälfte gehört habe; die Kläger behaupten zwar, daß diese Berechtigung in Folge später eingetretener Umstände zu Gunsten der Kläger wieder aufgehoben worden sei, es ist aber als außer Zweifel gestellt zu betrachten, daß der Beklagte zur Zeit des Vergleichsabschlusses von der behaupteten Aufhebung der Forderungsberechtigung des S. Armbruster

[4] Vergl. **Windscheid**, Pand., § 331 zu Note 12; württ. Archiv, Bd. III, S. 399, 147; **Wächter**, Erörterungen, Heft I, S. 275—278; **Seuffert**, Pand., § 341, Note 6 a, § 302, Note 2; **Seuffert**, Archiv, Bd. VII, Nr. 243, Bd. XXI, 269.

weder seiten der Kläger benachrichtigt worden war, noch auf andere Weise Kenntniß erlangt hatte.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. September 1873 in der Berufungssache Armbruster c. Landerer.

10) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Vertragsgegenstandes in der Vertragsurkunde[1].

a. Laut Kaufvertrags vom 15. Januar 1873 verkaufte Jakob Honold zu Altheim an den Adlerwirth Gnann daselbst sein Haus mit der Bemerkung, daß der Käufer die gleichen Rechte wie der Verkäufer: Brunnen, Hofraum und Fahrrecht habe, um die Summe von 4000 fl. Der Käufer weigerte sich, den Vertrag zu erfüllen, und setzte der auf Bezahlung des Kaufschillings gerichteten Klage unter Anderem die Einwendung entgegen, daß die Vertragsurkunde bezüglich der Bezeichnung der Vertragsgegenstände den Vorschriften des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes vom 23. Juni 1853 nicht entspreche, da die Urkunde darüber keinen Aufschluß gebe, inwiefern Brunnen und Hofraum Gegenstände des Vertrages haben sein sollen, indem mit den gebrauchten Worten ebensowohl der Gedanke an eine Servitut, als an ein ausschließliches oder getheiltes Eigenthum vereinbar sei. Das Kreisgericht hat diese Einwendung für begründet erachtet; anderer Ansicht war aber das Obertribunal, von welchem die Einrede als unbegründet verworfen worden ist. In den Entscheidungsgründen des letzteren ist dießfalls gesagt:

In der Vertragsurkunde vom 15. Januar 1873 ist gesagt, der Unterzeichnete (J. Honold) verkauft sein Haus um die Summe von 4000 fl. an Adlerwirth Gnann ....

---

[1] Vergl. Württ. Archiv, Bd. III, S. 140 ff.; Bd. VI, S. 181 ff.; Bd. VIII, S. 119 ff.; Bd. X., S. 434 ff.; Bd. XII, S. 235 ff.; Bd. XIII, S. 154 ff.; Bd. XIV, S. 372; Bd. XV, S. 142 ff.; Bd. XVI, S. 61 ff.; Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. III, S. 255 ff.; Bd. V, S. 230 ff.

Hiebei wird bemerkt, daß Gnann die gleichen Rechte, wie Honold habe: „Brunnen, Hofraum und Fahrrecht." Nach der Behauptung des Klägers hat dieser am Brunnen, wie am Hause das Eigenthumsrecht, am Hofraum nur ein Miteigenthumsrecht gehabt, vermöge dessen er den Hofraum mitbenützte. In der Vertragsurkunde ist hiemit unzweifelhaft gesagt worden, daß der Verkäufer Honold dem Käufer Gnann neben seinem Hause auch seine Rechte am Brunnen und Hofraum verkaufe.

Nach dem Liegenschaftsgesetze vom 23. Juli 1853 Art. 2, lit. b. müssen in der Urkunde nur die Gegenstände des Verkaufes bestimmt bezeichnet werden, es ist aber nicht nothwendig, daß angegeben wird, welche Rechte dem Verkäufer an demselben zustehen. Wie nämlich eine fremde Sache verkauft werden kann, so gilt auch der Verkauf eines fremden Grundstücks an sich, wenn nur die Urkunde dieses Verkaufsobjekt bestimmt bezeichnet [2]. So genügt es auch im vorliegenden Falle, daß neben der Hauptsache, dem Hause, der Brunnen und der Hofraum in der Urkunde genannt sind, die bestimmte Angabe aber, in welchem rechtlichen Verhältnisse der Hofraum zu dem Verkäufer stehe, war nicht geboten und wäre der Käufer etwa der irrigen Meinung gewesen, daß er das volle Eigenthum an demselben erhalten werde, so könnte dieß nach Umständen nur unter einem ganz anderen Gesichtspunkte von Einfluß auf das vorliegende Rechtsgeschäft sein [3], aber mit der Bestimmung des Art. 2 lit. b. des Liegenschaftsgesetzes hat dieser Umstand nichts zu schaffen. Daß in der vorliegenden Vertragsurkunde nicht bestimmt gesagt ist, es stehe dem Verkäufer nur ein Miteigenthumsrecht an dem Hofraume zu, ist daher auf die Giltigkeit des Vertrages unter dem Gesichtspunkte jenes Art. 2 ohne Einfluß, es genügt vielmehr, daß der Hofraum und der

[2] Württ. Archiv, Bd. XI., S. 164, 166, 167.
[3] Württ. Archiv, Bd. XIV, S. 137.

Brunnen so bestimmt, wie das Haus, in der Urkunde genannt sind.

Ueberdies sind nach den vorliegenden Verhältnissen der Brunnen und der Hofraum Zubehörungen des Hauses. In Ansehung des ersteren läßt sich dieß nicht im entferntesten bezweifeln — l. 17 §. 8 D. de act. emt. et vend. (19, 1) — aber ebensowenig bezüglich des Hofraumes, der ebenfalls dem Hause dient, ebenfalls um desselben willen vorhanden ist und als solcher ohne das Haus keine Bestimmung und Bedeutung hat — zu vergl. l. 91 §. 5 D. de leg. et fideicomm. (32, 1). — Solche zum bleibenden Gebrauche der Hauptsache bestimmten Pertinenzen werden wie ein Theil derselben angesehen und schließt die Verfügung über die Hauptsache auch die Nebensachen von selbst in sich, wenn sie nicht ausdrücklich ausgenommen werden — l. 13 §. 31 D. de act. emt. et vend. (19, 1). — Wie hiernach solche Pertinenzen bei dem Verkaufe nicht ausdrücklich erwähnt zu werden brauchen, dieselben dennoch als mitveräußert gelten und von selbst zum Gegenstand des Geschäftes gehören, so brauchen sie in Folge hievon auch nach dem Liegenschaftsgesetze in der Vertragsurkunde nicht speziell aufgeführt zu sein. Denn wie sollte ein solcher Liegenschaftsverkauf deßhalb nichtig sein, weil in der Urkunde neben dem verkauften Hause etwa nicht auch des zu diesem gehörigen, neben ihm im Hofe befindlichen Brunnens erwähnt ist? Würde aber im vorliegenden Falle der Vertrag nicht nichtig sein, wenn der Brunnen und der Hofraum in den Vertragsurkunden nicht genannt wären, so kann er auch nicht aus dem Grunde als nichtig erscheinen, weil in Ansehung des als Nebensache sich darstellenden Hofraumes nicht angegeben worden ist, daß dem Verkäufer nur ein Miteigenthumsrecht zustehe; denn mit dem ausdrücklich genannten Hause ist dem Beklagten das dem Kläger am Hofraum zustehende Recht von selbst mitverkauft worden. In Betreff des Brunnens war aber der

Verkäufer ohnehin Eigenthümer, wie in Ansehung des Hauses.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Juli 1873 in der Berufungssache Honold c. Gnann.

b. Laut Vertragsurkunde vom 17. Januar 1873 verkaufte Johann Steiner an G. F. Dürr circa ½ Morgen Baumgut in den Röckenwiesen hinter dem Kugelfang auf einer Seite gelegen neben Schreiner Schmid um die Summe von 5300 fl. Dieser Kaufvertrag wurde seiten des auf Festhaltung desselben belangten Verkäufers als nichtig angefochten, weil der Vertragsgegenstand in der Vertragsurkunde nicht genügend bezeichnet sei. Die Einwendung wurde nicht für begründet erachtet und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen dießfalls bemerkt:

In der über den Liegenschaftskauf vom 17. Januar 1873 aufgenommenen Urkunde ist das verkaufte Grundstück als ein Baumgut, also hinsichtlich seiner äußeren Beschaffenheit und Kulturart richtig bezeichnet; ferner ist, wie aus dem Original des Kaufbriefes in Vergleichung mit dem vorgelegten Situationsplan sich ergibt, das Gewand, in welchem das Grundstück liegt, nämlich die Röckenwiesen, richtig benannt; auch ist als nebenliegendes Grundstück dasjenige des Schreiners Schmid der Sachlage entsprechend aufgeführt, welcher Umstand umsomehr in's Gewicht fällt, als jenes Grundstück seiner ganzen Länge nach an das Grundstück des Beklagten anstoßt und, was unbestritten ist, der Schreiner Schmid ebenso wie der Beklagte keine anderen Grundstücke in dem Gewand Röckenwiesen als jene beiden angrenzenden Parzellen zur Zeit des Kaufabschlusses besessen haben. Dagegen ist allerdings der Meßgehalt des verkauften Grundstückes in der Vertragsurkunde in erheblichem Maße unrichtig angegeben. Allein dadurch wird nach allem Anderen, was die Urkunde für die Bezeichnung des Objektes an die Hand gibt, nicht zweifelhaft gemacht, welches Grundstück die Kontrahenten gemeint haben; ein Verstoß gegen die Vorschriften des

Liegenschaftsveräußerungsgesetzes kann daher in jener fehlerhaften Meßangabe um so weniger gefunden werden, als das Gesetz nach seinem richtig verstandenen Sinne keineswegs die möglichst genaue und absolut richtige Beschreibung, sondern nur eine solche Bezeichnung des Vertragsgegenstandes will, daß, wie dies nach der vorliegenden Kaufsurkunde der Fall ist, über die Identität des Objektes ein vernünftiger Zweifel nicht obwalten kann.

**Entscheidung des Obertribunals vom 20. Juni 1873 in der Berufungssache Steiner c. Dürr.**

c. In einer „Uebereinkunft" überschriebenen Vertragsurkunde vom 3. Februar 1870 war gesagt: „Unterm heutigen Datum kommt Valentin Staub mit Conrad Petermann mit dem Kumpaneihaus überein, welchen Conrad Petermann abtritt um 1800 fl. und läßt dem Valentin Staub alle Rechte und Beschwerden 2c." Unbestrittenermaßen sollte durch diesen Vertrag der Antheil des Petermann an einem von beiden Kontrahenten gemeinschaftlich besessenen Wohnhause an Staub veräußert werden. Letzterer weigerte sich jedoch den Vertrag zu erfüllen, indem er unter Anderem geltend machte, daß derselbe wegen nicht gehörig bestimmter Bezeichnung des Vertragsgegenstandes in der Vertragsurkunde, wie sie nach Art. 2 lit. b. des Gesetzes vom 23. Juni 1853 erfordert werde, nichtig sei. Dieser Einwand würde als begründet erkannt und ist dießfalls in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen, nachdem zuvor bemerkt worden, daß der vorliegende Vertrag, durch welchen der eine Miteigenthümer seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Hause dem anderen Miteigenthümer um einen bestimmten Preis überlassen hat, diesem seinem Inhalte nach alle wesentlichen Merkmale eines Kaufvertrages habe, ausgeführt:

Zwar hat das Obertribunal stets angenommen, daß man im Hinblick auf Grund und Zweck des Gesetzes, die Sicherheit des Verkehres zu befestigen, Unlauterkeiten abzuschneiden und Chikane zu vereiteln, mehr nicht als eine

solche Bezeichnung der Vertragsgegenstände verlangen dürfe, wodurch die Identität des Vertragsgegenstandes nach den besonderen Umständen des Falles außer Zweifel gestellt und dadurch möglichen Streitigkeiten hierüber vorgebeugt werde. Es genügt, wenn die Urkunde nur so gefaßt ist, daß, wenn auch nicht unmittelbar und allein aus ihr selbst, so doch an ihrer Hand und unter Hinzunahme der in ihr etwa bezeichneten weiteren Hilfsmittel Jeder die Vertragsgegenstände zu erkennen und in ihrer Besonderheit zu unterscheiden vermag. Dieß trifft nun aber in vorliegendem Falle nicht zu. Durch die Worte: „kommt — mit dem Kumpaneihaus überein, welchen Petermann abtritt", ist nicht einmal auf eine allgemein verständliche Weise ausgedrückt, daß es sich von einem im gemeinschaftlichen Eigenthum der Kontrahenten befindlichen Hause handle, und daß der Antheil des Einen an diesem Hause den Vertragsgegenstand bilde. Sodann aber fehlt es an jeder solchen Bezeichnung des Hauses — durch Angabe des Ortes, der Lage, der Gebäudenummer oder anderer unterscheidender Merkmale, oder durch Hinweisung auf die betreffenden Stellen der öffentlichen Bücher — daß die Identität des Hauses durch die Urkunde selbst auf eine für einen Dritten erkennbare Weise festgestellt wäre. Der kl. Seits geltend gemachte Umstand, daß in den öffentlichen Büchern das Haus, welches den Gegenstand des Vertrages gebildet, so genau beschrieben sei, daß an der Hand der öffentlichen Bücher die Feststellung des Kaufsobjektes keinem Anstand unterliegen könne, ist unerheblich. Denn um die öffentlichen Bücher zu diesem Zwecke benützen zu können, müßte in der Vertragsurkunde auf die betreffende Stelle derselben hingewiesen sein [4], während es hieran durchaus fehlt und die Vertragsurkunde keinen Anhaltspunkt dafür

[4] d. h. unter den Umständen des vorliegenden Falles und in Ermangelung jedes sonstigen Anhaltspunktes in der Vertragsurkunde für die Auffindung des Vertragsobjektes in den öffentlichen Büchern. Vergl. auch unten die Mittheilung unter lit. d.

bietet, um in den öffentlichen Büchern das den Gegenstand des Vertrages bildende Haus auffinden zu können. Es ist daher für einen Dritten unmöglich, aus der Urkunde, ohne weitere Aufklärung seiten der Parteien, den Kaufsgegenstand aufzufinden und in seiner Besonderheit zu erkennen.

**Entscheidung des Obertribunals vom 23. Juni 1873 in der Berufungssache Petermann c. Staub.**

d. In der über einen Liegenschafts-Kaufvertrag aufgenommenen Urkunde war der Vertragsgegenstand dahin beschrieben: „Die Wittwe des Johannes Brennenstuhl in Weil im Schönbuch verkauft an ihren ledigen Sohn Andreas B. ihr Wohnhaus sammt Scheuer, Waschhaus und Gärten im hintern Dorf neben Ludwig Preisenbanz Wittwe und Christian Löffler." Gegen die auf Anerkennung dieses Kaufvertrages erhobene Klage des Käufers wurde unter Anderem eingewendet, daß der Vertrag wegen nicht genügend bestimmter Bezeichnung der Vertragsgegenstände in der Vertragsurkunde ungiltig sei. Der Einwand wurde nicht für begründet erkannt und es besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Der Vorschrift des Art. 2, b. des Gesetzes vom 23. Juni 1853, daß die Kaufurkunde die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände enthalten müsse, ist genügt, wenn nur die Bezeichnung eine solche ist, daß durch dieselbe die Identität der Vertragsgegenstände nach den besondern Umständen des Falles außer Zweifel gestellt ist. Dieß trifft in vorliegendem Falle zu. Aus der Kaufsurkunde ist ersichtlich, daß die Wittwe Brennenstuhl ihr im hintern Dorfe gelegenes, in Wohnhaus, Scheuer, Waschhaus und Gärten bestehendes Besitzthum verkaufen wollte. Eine nähere Beschreibung dieses Besitzthums war nicht erforderlich, da die in der Urkunde enthaltene Bezeichnung bestimmt genug war, daß mittelst ihrer und unter Benützung des Güterbuchs, auf welches durch jene Bezeichnung stillschweigend und selbstverständlich hingewiesen war, die Kaufsobjekte — sowohl die Gebäude, als die daran stoßen-

den beiden Gärten — mit Sicherheit aufgefunden und in ihrer Besonderheit erkannt werden konnten, wie denn auch unter den Parteien ein Zweifel darüber, welches die verkauften Gebäude und Gärten seien, gar nicht entstanden ist.

Unerheblich ist die Behauptung der Beklagten, daß noch zwei andere Johannes Brennenstuhl Häuser im hintern Dorfe besitzen, da in der Kaufsurkunde das der Verkäuferin (der Wittwe des Johannes Brennenstuhl) gehörige Wohnhaus sammt Scheuer ꝛc. als Kaufsgegenstand bezeichnet und schon durch diese Bezeichnung, sowie durch den Beisatz „neben L. Preisenbanz Wittwe und Christian Löffler" von den jenen andern Brennenstuhl gehörigen Häusern unterschieden ist.

Der Schweinstall, der Hofraum, der Antheil an Wandel und Einfahrt waren in der Vertragsurkunde deßhalb nicht besonders zu erwähnen, weil diese Objekte als Pertinenzen des Wohnhauses und der Scheuer unter der Bezeichnung der Gebäude von selbst begriffen waren.

**Entscheidung des Obertribunals vom 19. September 1873 in der Berufungssache Brennenstuhl c. Thumm.**

11) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung der Vertragschließenden in der Vertragsurkunde [1].

In der Urkunde über einen Liegenschaftskauf war im Kontext der Urkunde gesagt „Unterzeichneter verkauft" und am Schlusse der Urkunde beigesetzt: „Verkäufer J. Honold." Außerdem war im Texte angeführt, daß der Käufer die gleichen Rechte wie Honold habe. Der auf Bezahlung des Kaufschillings belangte Käufer weigerte sich, den Kauf zu halten, weil es an der nach dem Liegenschaftsveräußerungsgesetze erforderlichen bestimmten Bezeichnung des Namens des Verkäufers in der Vertragsurkunde fehle. Dieser Einwand wurde als ungegründet verworfen und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen bemerkt:

[1] **Dieses Archiv, Bd. VI, S. 180 f.; Bd. X, S. 433 f.; Bd. XI, S. 156 ff.; Bd. XIV, S. 375 f.; Bd. XV, S. 429 ff.**

Anlangend die Einwendung des Beklagten, daß der Name des Verkäufers im Kontexte der Vertragsurkunde nicht angegeben sei, so verlangt das Liegenschaftsgesetz nur die bestimmte Angabe der Namen der Vertragschließenden in der Vertragsurkunde. Wo in der Urkunde diese genannt sind, muß gleichgiltig sein. Es genügt, daß sie in dem vorliegenden Falle durch die zu den Unterschriften gemachten Beisätze: „Verkäufer" und „Käufer" angegeben worden sind. Indessen ist auch in der Urkunde selbst sowohl der Name des Käufers, als der des anderen Theils, der des „Honold" genannt [2].

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Juli 1873 in der Berufungssache Honold c. Gnann.

12) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung von Ort und Tag in der Vertragsurkunde [1].

In einer über einen Liegenschaftskaufvertrag aufgenommenen Urkunde war Ort und Tag des Vertragsschlusses erst unter die Unterschriften der Kontrahenten beigesetzt worden. Auf Grund dessen wurde der Vertrag als nichtig angefochten, weil die Vertragsurkunde mit der Unterschrift abgeschlossen sei, die Urkunde selbst daher weder Ort noch Datum enthalte und die erst nach der Unterschrift erfolgte Beifügung von Ort und Datum nicht in Betracht kommen könne. Die Anfechtung wurde als begründet erachtet und besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Nach Art. 1 des Gesetzes vom 23. Juni 1853 sind Kauf- und Tauschverträge über Gebäude und Grundstücke nichtig, wenn sie nicht schriftlich abgefaßt und von den Kontrahenten unterzeichnet sind, und nach Art. 2 muß die Vertragsurkunde, welche nach Art. 1 bei Strafe der Nichtigkeit zu unterzeichnen ist, wesentlich auch den Ort und Tag des Vertragsabschlusses enthalten. Dieser Vorschrift

---

[2] Zu vgl. Württ. Archiv, Bd. XIV, S. 375.

[1] Dieses Archiv, Bd. XI, S. 168 ff., S. 170 ff.; Bd. XIII, S. 253 f., 254 f.; Bd. XV, S. 145 ff.

des Gesetzes ist in vorliegendem Falle nicht genügt, weil Ort und Datum des Vertragsabschlusses erst unter die Unterschriften der Kontrahenten gesetzt sind und eine Unterzeichnung, wie sie das Gesetz verlangt, hierin nicht gefunden werden kann, da es an einer Beziehung der Unterschriften zu dem Beisatz von Ort und Datum des Vertragsabschlusses fehlt. Es könne hier, weil diese Beziehung fehlt, Ort und Datum des Vertragsabschlusses nicht als durch die Unterschrift der Kontrahenten anerkannt und der sie enthaltende Beisatz nicht als ein Theil der Urkunde betrachtet werden. Ort und Tag des Vertragsschlusses gehören nach Art. 2 in gleicher Weise zu dem wesentlichen Inhalt der Vertragsurkunde, wie die daselbst in Ziffer a—c aufgeführten Punkte und nach Art. 1 muß die Vertragsurkunde mit dem Inhalt unterzeichnet sein; ist dieß nicht der Fall, so ist der Vertrag nichtig.

Es steht dieß auch mit dem Zwecke des Gesetzes im Einklang. Das Gesetz will durch die Urkunde über Ort und Zeit des Vertragsschlusses Gewißheit herstellen, Unlauterkeiten, insbesondere Zurückdatirungen vereiteln und Streitigkeiten abschneiden; es ist insbesondere bei der Berathung desselben in der Kammer der Abgeordneten von dem Berichterstatter der Kommission ganz ausdrücklich hervorgehoben worden, wie nothwendig eine genaue Feststellung und Beurkundung des Tages erscheine, an welchem der Vertrag abgeschlossen worden, da ohne eine solche alle mögliche Unterschleife, Betrügereien und Zurückdatirungen vorkommen könnten [2]. An einer solchen Feststellung und Beurkundung fehlt es, wenn Ort und Datum des Vertragsschlusses nicht unterzeichnet sind, wenn aus der Urkunde die Beziehung der Unterschrift auf Ort und Datum nicht erhellt, wie im vorliegenden Falle.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. September 1873 in der Berufungssache Sailer c. Gerne.

---

[2] Verh. der Kammer der Abgeordneten von 1851/52, Bd. VI, S. 4364.

13) Liegenschaftsgesetz; Unzulässigkeit der Auslegung der Vertragsurkunde aus vorangegangenen mündlichen Erklärungen der Kontrahenten.

Der Sinn der über den Verkauf von Liegenschaft aufgenommenen Vertragsurkunde ist nach der Urkunde selbst festzustellen, und es können über diesen Sinn nicht die mündlichen Erklärungen der Kontrahenten entscheiden, sondern kommt es nach dem Liegenschaftsgesetze lediglich auf die Erklärung an, wie sie durch die Urkunde ihren Ausdruck gefunden hat, wonach die Vernehmung der von beiden Theilen dießfalls benannten Zeugen hinwegfällt [1].

**Entscheidung des Obertribunals vom 1. Juli 1873 in der Berufungssache Honold c. Gnann.**

14) Liegenschaftsgesetz nicht anwendbar auf Gesellschaftsverträge.

Ein Gesellschaftsvertrag d. d. 18. August 1869 war zum Zwecke der eigenthümlichen Erwerbung eines Hofraums geschlossen worden und zwar sollte die Erwerbung durch einen der Gesellschafter auf dessen Namen, aber auf gemeinschaftliche Rechnung erfolgen und nach geschehener Erwerbung die Theilung des so Erworbenen bewerkstelligt und jedem der zwei Gesellschafter ein Theil des Hofraums in der im Vertrage bestimmten Weise zugeschieden werden. Nach erfolgtem Ankauf des Hofraumes weigerte sich jedoch derjenige Gesellschafter, auf dessen Namen der Ankauf desselben erfolgt war, seinem Mitgesellschafter den diesem nach dem Gesellschaftsvertrag zu überlassenden Theil des Hofraumes herauszugeben. Der Letztere erhob daher Klage auf Abtretung des im Gesellschaftsvertrage bezeichneten Theiles des Hofraumes, welche auf die durch den Gesellschaftsvertrag begründete Verpflichtung hiezu gegründet wurde. Der Richter erster Instanz wies die Klage ab, weil der

[1] **Vergl. dieses Archiv, Bd. X, S. 449 ff.; Bd. XVI, S. 65.**

Vertrag vom 18. August 1869, beziehungsweise der nachgefolgte Kauf nach dem Liegenschaftsgesetze dem Kläger gegenüber wirkungslos sei.

Anderer Ansicht war das Obertribunal, welches den Beklagten verurtheilte, dem Kläger einen Theil des von ihm erkauften Hofraumes nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages abzutreten, und in den Entscheidungsgründen dießfalls bemerkte:

Daß ein Gesellschaftsvertrag, wie der vorliegende, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen mit Wirksamkeit abgeschlossen werden kann, bedarf keiner Ausführung [1]. Aber auch die Bestimmungen des Liegenschaftsgesetzes von 1853 stehen dem Anspruch des Klägers nicht entgegen. Das Gesetz bezieht sich nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nur auf „Kauf- und Tauschverträge", also nicht auf Gesellschaftsverträge [2]. Abgesehen sodann davon, daß die im Art. 3 des Gesetzes enthaltenen Vorschriften bei der Berathung desselben nur als eine reglementäre Instruktion für die Behörden aufgefaßt wurden, so könnte aus jenen Vorschriften jedenfalls nur soviel gefolgert werden, daß, falls sich nach Abschluß eines Kaufvertrages durch einen bestimmten Käufer ein Dritter als Gesellschafter desselben oder als „Theilhaber" an dem Handel melden sollte, dieser Dritte nicht gegenüber dem Verkäufer als Mitkontrahent des Käufers behandelt werden dürfe, womit aber nicht ausgeschlossen ist, daß für das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter sich lediglich der Gesellschaftsvertrag maßgebend bleibt, daß also der im Kaufvertrag allein genannte Gesellschafter die von ihm gemachte Erwerbung seinem Mitgesellschafter zu kommuniziren hat.

Hienach steht fest, daß der Beklagte verbunden ist,

---

[1] Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. II, S. 379 ff.; Entscheidung des Obertribunals vom 31. Dezember 1863 in der Appellationssache Ruoff c. Lämmle.

[2] Vergl. dieses Archiv, Bd. XII, S. 236 ff.; Bd. XV, S. 147 ff.

dem Kläger den ihm vertragsmäßig zugesicherten Antheil an dem Hofe sofort einzuräumen.

**Entscheidung des Obertribunals vom 2. September 1871 in der Berufungssache Wiedenhöfer c. Pfund.**

15) Simulirter Vollmachtsvertrag zur Umgehung des Liegenschaftsgesetzes.

Mathias Freudenreich schloß am 30. Juli 1873 über einen Theil seiner Liegenschaft mit Jakob Bauer einen so betitelten Vollmachtsvertrag ab, wonach Freudenreich den Bauer beauftragte, besagte Liegenschaft im Namen und Auftrag des Freudenreich zu verkaufen, und zwar unter Uebertragung aller Dispositionsbefugnisse auf Bauer, Dieser aber sich verpflichtete, die Erlöse aus der Liegenschaft zu übernehmen und hiefür die Summe von 11,730 fl. nebst Zinsen zu 5% vom 30. Juli 1873 an Freudenreich zu bezahlen und zwar 1000 fl. binnen 4 Wochen, 4730 fl. an Martini 1873 und 6000 fl. an Georgii 1874, ohne Rücksicht ob von Seiten der Güterkäufer Baarzahlung erfolge oder die Kaufschillinge in Zielern abgetragen werden. Außerdem wurde bedungen, daß Bauer ein Trinkgeld von 50 fl. an die Frau des Freudenreich zu bezahlen habe. Wenige Tage nach Abschluß des Vertrages erklärte Bauer dem Freudenreich, daß er den Vertrag kündige. Dieser nahm aber die Kündigung nicht an und erhob Klage gegen Bauer auf Festhaltung und Erfüllung des Vollmachtsvertrages. Der Beklagte wandte ein, daß in Wirklichkeit kein Vollmachtsvertrag, sondern ein Kaufvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen worden und dem Vertrage der äußere Schein eines Vollmachtsvertrages nur zu dem Zwecke gegeben worden sei, um dem Käufer den sofortigen Wiederverkauf der Liegenschaft zu ermöglichen. Es sei daher die Klage auf Erfüllung eines Vollmachtsvertrages nicht gegründet und auf Erfüllung eines Kaufvertrages wolle vom Kläger nach dessen ausdrücklicher Erklärung nicht geklagt werden. Die Einwendung des

Beklagten wurde für gegründet erkannt und die Klage in allen Instanzen abgewiesen. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wurde ausgeführt:

Der so betitelte Vollmachtsvertrag vom 30. Juli 1873 enthält im Eingang die Bestimmung, daß der Beklagte beauftragt werde, die in der Urkunde beschriebene Liegenschaft im Namen und Auftrag des Klägers zu verkaufen, und würde sein Inhalt somit insofern dem Wesen eines Vollmachtsvertrages entsprechen, als der Beklagte es hienach übernommen hätte, in der Rolle eines Stellvertreters des Klägers in dessen Namen und für dessen Rechnung mit dritten Kaufliebhabern zu kontrahiren. Allein beide Parteien sind nach ihren in der Urkunde gemeinsam niedergelegten Dispositionen hiebei nicht stehen geblieben, sie haben vielmehr weiter bestimmt, daß Kläger hinsichtlich der oben erwähnten Liegenschaft alle Dispositionsbefugniß auf den Beklagten übertrage, während der Beklagte sich dagegen persönlich verpflichtete, dem Kläger neben einem an die Ehefrau des Letzteren zu entrichtenden Trinkgeld von 50 fl. die vom Tage des Vertragsschlusses an verzinsliche Summe von 11,730 fl. in fest bestimmten Terminen zu bezahlen, auch den künftigen Erlös aus der Liegenschaft zu übernehmen und sich damit zu begnügen, gleichgiltig, ob gegen Baarzahlung oder in Zielern der Verkauf erfolge. Aus diesen Bestimmungen erhellt, daß der Beklagte, welcher sich hienach dem Kläger persönlich verpflichtete, die Summe von 11,730 fl. zu bezahlen, ein Geschäft für eigene Rechnung mit dem Kläger abschloß, und insbesondere, daß diese Summe der Preis für die Ueberlassung der Liegenschaft selbst und nicht bloß des Erlöses hieraus war, daß somit in Wahrheit ein Liegenschaftskauf vorliegt. Nach obigen Bestimmungen hat nämlich der Kläger seine bisher ihm zugestandenen Dispositionsbefugnisse über die Liegenschaft zu Gunsten des Beklagten vollständig aufgegeben, der Beklagte seiner Seits dagegen hat sich verpflichtet, den von ihm versprochenen Preis dem Kläger ganz unabhängig

davon zu bezahlen, ob er zur Zeit der von ihm festgesetzten Zahlungstermine die Liegenschaft verkauft hat. Hält man nun hiemit zusammen, daß das einzige Recht, welches dem Kläger im Vertrage eingeräumt ist, in dem Anspruch auf Bezahlung des Preises sammt Zinsen besteht, daß der Beklagte alles Risiko des Geschäftes auf sich genommen hat, und daß hienach nur der Beklagte allein es ist, der bei der Weiterveräußerung überhaupt interessirt ist, wie denn auch dem Kläger jeder weitere Einfluß auf die Handlungsweise des Beklagten entzogen ist, so folgt hieraus, daß die Uebertragung aller Dispositionsbefugnisse über die Liegenschaft seiten des Klägers auf den Beklagten lediglich im Sinn einer Veräußerung der Liegenschaft und, da hiefür eine Summe Geldes von dem Beklagten zu bezahlen war, im Sinne eines Kaufes erfolgte. Nur hieraus läßt sich auch erklären, daß der Beklagte sich verpflichtete, sofort vom Tage des Vertragsschlusses an die von ihm versprochene Summe zu verzinsen und der Ehefrau des Klägers ein Trinkgeld zu bezahlen. Nicht entgegen steht, daß die Kontrahenten für den Vertrag die Form des Vollmachtsvertrages gewählt haben, da bei der ausgesprochenen Absicht der Weiterveräußerung der Liegenschaft das gesetzliche Verbot eines sofortigen stückweisen Verkaufs derselben und die Ersparung einer doppelten Accise genügende Motive für die Verheimlichung des wahren Charakters des Geschäftes und für eine die Bestimmungen des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes vom 23. Juli 1853 umgehenden Simulation abgeben konnten. .... Enthalten aber, wie gezeigt, die materiellen Bestimmungen des Vertrages einen Liegenschaftskauf, so ist damit die Existenz eines Vollmachtsvertrages, aus welchem der klägerische Anspruch abgeleitet werden könnte, ausgeschlossen.

### 16) Bedeutung der Uebernahme der Verpflichtung, „zu jeder Zeit“ zu verkaufen.

Am 23. Januar 1856 verkaufte Adam Nesper in G. an Christian Klumpp daselbst sein Wohnhaus nebst Scheuer

und Hofraum, sowie einen dabei befindlichen Gras- und Baumgarten. Dabei verpflichtete sich der Verkäufer weiter, dem Käufer auf dessen Verlangen jeder Zeit auch den hinter dem Wohnhaus ferner befindlichen, an den verkauften Garten angrenzenden Baum- und Grasgarten um denselben Preis abzutreten, wie ihn der Verkäufer Nesper selbst seiner Zeit erworben habe. Zugleich wurde bestimmt, daß, wenn die Abtretung dieses Gartens nicht zu Stande kommen sollte, der Verkäufer nicht das Recht habe, seinen Weg zu diesem Garten durch das Hofthor und den Hof des (an Klumpp verkauften) Wohnhauses zu nehmen. Auf Grund der erstgedachten Bestimmung verlangte Klumpp im Jahre 1873 die Ueberlassung des Gartens von Nesper um den Ankaufspreis und erhob, da dieser das Verlangen als verspätet zurückwies, Klage gegen denselben. Die Klage wurde in oberster Instanz abgewiesen und es besagen hierüber die Entscheidungsgründe:

Die Bestimmung der Ziffer 10 des Kaufvertrages vom 23. Januar 1856 lautet zwar dahin, daß der Verkäufer dem Käufer auf dessen Verlangen jeder Zeit den daselbst bezeichneten Garten um denselben Preis, wie er selbst ihn seiner Zeit erworben, abzutreten habe. Allein ungeachtet des allgemeinen Ausdrucks „jeder Zeit“ kann dieser Vertragsbestimmung nicht der Sinn beigelegt werden, daß dadurch dem Käufer für alle Zeiten, sogar auf Jahrzehnte hinaus und bei möglicher Weise völlig veränderten Verhältnissen, ein Anspruch auf Ueberlassung des Gartens um einen festen, schon damals bestimmten Preis habe eingeräumt werden wollen, vielmehr muß der Natur der Sache nach angenommen werden, daß die Kontrahenten bei jener Bestimmung eine in nicht allzu ferner Zeit erfolgende Entscheidung im Auge hatten und die Worte „jeder Zeit“ mit Rücksicht auf ein billiges Ermessen gemeint waren. Auch die Fassung der Ziffer 11 des Kaufvertrages, wodurch dem Verkäufer „für den Fall, daß die Abtretung des Gartens nicht zu Stande kommen

sollte", das Recht des Zugangs durch das Hofthor und den Hof des Wohnhauses abgesprochen wird, und die dieser Bestimmung von beiden Parteien gegebene Auslegung, daß der Verkäufer in der Zwischenzeit bis zur Entscheidung über das Zustandekommen oder Nichtzustandekommen der Abtretung zu jenem Durchgang berechtigt gewesen sei, sprechen dafür, daß diese Entscheidung von den Kontrahenten als etwas in naher Aussicht Stehendes vorausgesetzt war.

Nun hat der Kläger die Abtretung des Gartens erst nach Ablauf von 17 Jahren vom Abschluß und Vollzug des Kaufvertrages an verlangt. Ein Zeitraum von 17 Jahren geht aber jedenfalls weit über die Zeit hinaus, für welche die fragliche Vertragsbestimmung berechnet und innerhalb welcher das Verlangen der Abtretung zu stellen war; nach Ablauf eines so langen Zeitraumes ist daher das Recht des Käufers, die Abtretung zu verlangen, erloschen.

**Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1873 in der Berufungssache Resper c. Klumpp.**

## 17) Kaufvertrag; Bestimmtheit des zu leistenden Gegenstandes.

In einem zwischen dem Zimmermeister Himmer und dem Werkmeister Krämer abgeschlossenen Lieferungsvertrage verpflichtete sich Ersterer, dem Letzteren, wenn dieser es verlange, tannenes in der Vertragsurkunde der Stärke nach bezeichnetes Bauholz zu Bahnhofbauten zu den nach der Stärke verschieden bestimmten Preisen per laufenden Fuß zu liefern. Die Lieferung sollte sich auf den ganzen Bedarf Krämers erstrecken, wenn dieser es verlange, soweit die Schuhzahl des erforderlichen Bauholzes 80,000 laufende Fuß nicht übersteige, wogegen es Krämer freistehen sollte, einzelne Theile des Bauholzes nach seinem Belieben auch anderwärts zu beziehen. Die genauen Dimensionen der erforderlichen Hölzer, sowie die Stückzahl der einzelnen

Hölzergattungen sollten von Krämer durch Bestellzettel festgesetzt werden.

Hierin wurde von dem Obertribunal eine genügend bestimmte Bezeichnung des von Himmer zu leistenden Gegenstandes gefunden. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, es ist nicht nöthig, daß der Gegenstand der Leistung objektiv bestimmt ist; vielmehr kann die Bestimmung mit rechtlicher Wirkung auch von der Erklärung dessen, dem geleistet werden soll, abhängig gemacht werden, wie dieß im vorliegenden Falle dadurch geschehen ist, daß die Bestimmung der Stückzahl und der Dimensionen des von Himmer zu liefernden Bauholzes innerhalb des im Vertrage vorgesehenen Rahmens dem Beklagten überlassen wurde.

**Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1873 in der Berufungssache Himmer c. Krämer.**

18) Haftpflicht des Verkäufers für den Abmangel am Meßgehalt.

Die Haftpflicht des Verkäufers für einen Abmangel am Meßgehalt bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Vertrages und sie tritt in allen Fällen ein, wo mit Rücksicht auf das Maß des Kaufobjekts der Kaufschilling vereinbart, wo also das Vorhandensein eines gewissen Meßgehaltes zur Vertragsbestimmung gemacht worden ist. Im gegenwärtigen Falle handelt es sich um den Verkauf eines einzelnen Grundstücks, von welchem in dem Vertragsinstrumente gesagt ist, daß der Beklagte an den Kläger verkaufe „circa ½ Morgen Baumgut in den Röckenwiesen hinter dem Kugelfang, auf einer Seite gelegen neben Schreiner Schmid.“ Zwar ist mit diesen Worten der Flächeninhalt des Kaufobjektes nur ungefähr bezeichnet; allein hieraus läßt sich nicht folgern, daß jene Bezeichnung als ein rechtlich bedeutungsloser Passus der Vertragsurkunde von den Kontrahenten angesehen worden wäre. Bei dem entscheidenden Einfluß, den der größere oder geringere Umfang eines Grundstückes auf dessen

Kaufpreis auszuüben pflegt, ist für die Regel zu unterstellen, daß die Aufnahme des Flächengehaltes in die Vertragsurkunde in der Absicht geschehen ist, hiemit eine den Verkäufer verpflichtende Bestimmung festzusetzen. In dem Umstand, daß das Maß blos ungefähr bezeichnet wurde, kann daher nur so viel gefunden werden, daß nicht genau der Flächeninhalt von einem halben Morgen zur Vertragsbedingung gemacht, daß also nicht jeder, auch der verhältnißmäßig unbedeutendste Abmangel an dem zugesicherten Umfang von einem halben Morgen seiten des Verkäufers gewährt werden sollte.

Was der Beklagte dieser aus dem Inhalt der Vertragsurkunde sich ergebenden Auslegung gegenüber geltend zu machen hat, ist insgesammt nicht erheblich. Wenn er darauf hinweist, daß er den Meßgehalt des Grundstückes nicht genau gekannt, auch daß er nicht mit ausdrücklichen Worten für den Abmangel an demselben garantirt habe, so ist zu erwidern, daß es weder auf das Eine noch auf das Andere ankommt, wenn nur, wie hier, die Absicht der Kontrahenten, den Kaufschilling im Hinblick auf das Meß des Kaufsobjektes festzusetzen, auf zweifellose Weise ausgedrückt ist. Auch die angebliche Aeußerung des Beklagten beim Vertragsabschluß: Kläger bekomme das Grundstück gerade so, wie Beklagter dasselbe von Bubeck gekauft habe, ist ohne allen Belang, von Anderem abgesehen schon deßhalb, weil jene den Vertragsgegenstand betreffende Aeußerung in das schriftliche Vertragsinstrument keine Aufnahme gefunden hat. Endlich hat der Beklagte noch eingewendet, der Kläger habe das Grundstück vor dem Kaufsabschlusse eingesehen und folglich den richtigen Meßgehalt desselben wahrnehmen können; es stehe ihm daher nicht zu, jetzt auf einen Abmangel am Meß Ansprüche zu gründen. Da indessen jeder sichere Anhaltspunkt dafür mangelt, daß der Kläger bei der bloßen, flüchtigen Beaugenscheinigung des Grundstückes auch wirklich dessen Flächeninhalt richtig erkannt habe, und da ferner nicht abzusehen ist, weßhalb

ein Uebersehen des Klägers in dieser Richtung demselben zur Schuld imputirt werden müßte, so kann auch die zuletzt genannte Einrede des Beklagten nicht als begründet angesehen werden.

Unbestrittenermaßen beträgt der wahre Meßgehalt des verkauften Grundstückes nicht $^1/_2$ Morgen, sondern nur $^2/_8$ Morgen $22,_3$ Ruthen, der Meßabmangel also $73,_7$ Ruthen. Dieser Abmangel erscheint nach den konkreten Verhältnissen als so beträchtlich, daß er den Käufer berechtigen muß, eine entsprechende Minderung des vereinbarten Kaufschillings zu verlangen.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Juni 1873 in der Berufungssache Steiner c. Dürr.

## 19) Losungsrecht; Verlust durch Nichtgebrauch.

Am 26. September 1781 verkaufte W. Schellenberger in Ulm als Eigenthümer des Hauses lit. A. Nro. 133 nebst dazu gehörigen Stadels diesen mit Keller und Höfle an A. Bayer mit der Bestimmung, daß dem Verkäufer, dessen Erben und Nachkommen, so oft der Stadel verkauft werde, das Auslösrecht gebühre, und hievon nur allein Kindskäufe ausgenommen sein sollen. Der Stadel wurde in der Folge mehrfach verkauft, ohne daß von dem Losungsrechte Gebrauch gemacht worden wäre. Aus Anlaß einer baulichen Veränderung des Stadels aber kam am 28. April 1851 ein Vergleich zwischen dem Eigenthümer des als losungsberechtigt angesprochenen Hauses lit. A. Nro. 133 und dem Eigenthümer des Stadels zu Stande, worin Letzterer anerkannte, daß dem Eigenthümer besagten Hauses das Recht der Auslösung des Stadels im Falle des Verkaufes zustehe. Im Jahre 1868 wurde der Stadel wieder verkauft und nun meldete die jetzige Besitzerin des angeblich losungsberechtigten Hauses ihr Losungsrecht dem Käufer gegenüber an und erhob, da dieser die Losungsberechtigung widersprach, gerichtliche Klage gegen denselben. Die Klage

wurde als ungegründet abgewiesen und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen dießfalls ausgeführt:

Die Frage kann offen gelassen werden, ob bei der ersten Verabredung über das in Rede stehende Losungsrecht im Jahre 1781 unter den Erben und Nachkommen des das Losungsrecht anbedingenden Verkäufers des Stadels nicht blos dessen unmittelbare Erben und weiterhin seine Deszendenten mit Ausschluß dritter etwaiger Singularsuccessoren in das seither mit dem Stadel als seiner Pertinenz verbunden gewesene Haus verstanden waren; ferner kann dahin gestellt bleiben, ob ein dahin gehender Vertrag, daß ein Losungsrecht aktiv und passiv in der Art konstituirt werden solle, daß es jedem Besitzer eines Grundstückes, für welches dasselbe konstituirt war, und nicht bloß dem Konstituenten, seinen Erben und Deszendenten, sondern auch den Singularsuccessoren in das betreffende Grundstück und zwar für alle Zeiten gegen die Besitzer eines mit der Losung belasteten Grundstücks zustehe, so daß es dem Losungsberechtigten freistehe, Veräußerungsfälle des losungspflichtigen Grundstückes vorübergehen zu lassen, bis es irgend einem Besitznachfolger in das losungsberechtigte Grundstück beliebe, das Losungsrecht in einem Veräußerungsfalle des losungsbelasteten Grundstückes geltend zu machen — ob ein dahin gehender Vertrag nach dem in der Reichsstadt Ulm geltenden gemeinen Rechte (denn das geschriebene Statutarrecht der Reichsstadt Ulm enthielt zugegebenermaßen Nichts hierüber) auf gerichtlichen Schutz Anspruch hatte; ebenso die Frage, ob ein Gewohnheitsrecht in diesem Sinne zur reichsstädtischen Zeit und sogar bis in die Zeit der Landeshoheit der württembergischen Krone in der Stadt Ulm in Uebung war; endlich die Frage, ob, den Rechtsbestand eines solchen Losungsrechtes vorausgesetzt, dasselbe seit dem Eintritt der württemb. Gesetzgebung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form genügend gewahrt worden sei; — alle diese Fragen können dahin gestellt bleiben, da

das fragliche Losungsrecht nach der hier maßgebenden württemb. Gesetzgebung als längst erloschen erscheint.

Die Gesetzgebung über Losungen ist eine auf volkswirthschaftlichen Maximen beruhende, gebietende, welche entgegenstehende privatrechtliche Dispositionen, soweit sie nicht etwa vor dem Eintritt des Gesetzes zu einem wohlerworbenen Rechte, d. h. zum Vollzug einer derartigen Verabredung (lex contractus) geführt haben sollten, ausschließt.

Seitdem die ehemalige Reichsstadt Ulm unter die Landeshoheit der württembergischen Krone gekommen war, also seit dem Jahr 1810, trat für dieselbe die württembergische Gesetzgebung über Losungen in Geltung. Insbesondere wurden etwaige gewohnheitsrechtliche Uebungen, soweit sie dem Landesgesetze entgegen waren, hinfällig.

Landrecht Thl. I. Tit. 2; Gesetz vom 12. Februar 1817: „Rechtsgewohnheiten, welche nicht contra jus Württembergicum laufen, sollen ferner noch ihre Kraft behalten."

Nun verordnet aber die württemb. Gesetzgebung, daß das anbedungene Losungsrecht verloren gehe, wenn die Sache, über welche es eingeräumt war, einmal so veräußert wurde, daß von dem Losungsrechte hätte Gebrauch gemacht werden können und der Losungsberechtigte keinen Gebrauch davon macht; (Generalverordnung vom 2. März 1815, betr. die Aufhebung der Losungen, Ziff. IV, lit. h.) es ist, wie sich das Landrecht Thl. II., Tit. 16, § 12 ausdrückt: „alsdann solches Gut keiner Losung mehr unterworfen, sondern mag fürter als ein ander Frei Gut verkauft oder verändert werden."

Dies trifft bei der Erwerbung des fraglichen Stadels von Seiten des Georg Uebelen durch Vertrag vom 30. September 1835 zu, welche Erwerbung entschieden nicht unter den Gesichtspunkt eines Kindskaufes fallen kann, würde aber auch zutreffen bei dem Verkaufe des Stadels

seiten des Uebelen an Carl Neumann am 16. März 1841.

Weder ein Vorbehalt des Losungsrechtes, noch ein Anerkenntniß desselben konnte das, durch die einmalige Nichtausübung erloschene, Rechtsverhältniß der Losungsverfangenheit aufrecht erhalten, da das Gesetz, die Generalverordnung vom 2. März 1815 in Verbindung mit dem Landrecht Thl. II., Tit. 16, § 12 nur die eine Art der Bestellung eines Losungsrechtes als solches, nämlich durch einen, dem die Veräußerung eines Grundstückes bezweckenden Hauptvertrag angehängten, Nebenvertrag kennt [1]. Der Vergleich vom 28. April 1851 konnte daher das einmal gefallene Losungsrecht nicht aufrecht erhalten oder neu konstituiren.

**Entscheidung des Obertribunals vom 18. Dezember 1874 in der Berufungssache israel. Kirchengemeinde Ulm c. Nestle.**

20) Darlehensklage auf Grund eines ohne Empfang eines Darlehens ausgestellten Darlehens-Schuldscheines.

Die Wittwe des Bierbrauers Krauß in Sp. verkaufte im Juli 1868 an ihren Sohn Friedrich und dessen Braut ihre gesammte Liegenschaft und Fahrniß um die Summe von 42,000 fl. mit der Bestimmung, daß an dem Kaufschilling 15,000 fl. als Heirathsgut abgehen sollten. In der Familie entstanden jedoch Bedenken über eine zu bedeutende Begünstigung des Sohnes Friedrich durch besagten Vertrag und so kam es, daß Letzterer sich zur Zahlung weiterer 6000 fl. an seine Mutter verpflichtete und ihr zu diesem Ende am 20. August 1868 einen Schuldschein dahin ausstellte: „Bescheinigung über 6000 fl., welche Unterzeichneter heute von seiner Mutter als unverzinsliches Darlehen baar erhalten, welches bescheint der Sohn Friedrich Krauß." Nach dem Tode der Wittwe Krauß belangte die

[1] **Weishaar, württ. Privatrecht, 3. Ausg., § 1089 a.**

Tochter Sophie Barbara, verehelichte Wellhöfer, als Erbin ihrer Mutter, ihren Bruder Friedrich auf Grund des Darlehensschuldscheins auf Bezahlung des auf sie treffenden Antheils an den 6000 fl. Diese Forderung wurde bekl. Seits bestritten, indem der Klage unter Anderem, weil kein Darlehen gegeben worden sei, die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegengesetzt wurde. Die Einrede wurde als ungegründet verworfen und es besagen hierüber die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Der Urkunde vom 20. August, obwohl sie nur ein Darlehensempfangsbekenntniß zum Ausdruck bringt, ist, da ein anderweiter Schuldschein nicht ausgestellt worden ist, an und für sich die Bedeutung eines Darlehensschuldscheines beizulegen. Denn durch die Ausstellung derselben hat der Beklagte so, wie sein Wille zum Ausdruck gekommen, zugleich das Bestehen einer Darlehensschuld im Betrage von 6000 fl. anerkannt und eben hiemit seinen Willen zu erkennen gegeben, diese Summe auf Erfordern seiner Mutter an dieselbe zurückzubezahlen [1].

Durch dieses Schuldbekenntniß des Beklagten, welches einen speziellen Verpflichtungsgrund enthält und der nöthigen Bestimmtheit nicht entbehrt, ist die Klage an und für sich vollständig begründet. Zwar hat der Beklagte derselben die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegengesetzt, in Folge deren, da die gesetzliche Frist gewahrt worden, die Klägerin noch mit dem Beweise der Ausbezahlung der Darlehenssumme zu belasten wäre. Allein da der Beklagte mit der Klägerin nicht nur darüber einig ist, daß ein Darlehen nicht gegeben, sondern auch darüber, daß ein solches ungeachtet der Ausstellung der Urkunde vom 20. August 1868 gar nicht erwartet wurde, so muß nothwendig diese Einwendung der Wirkung entbehren und verbleibt es dabei, daß durch die Urkunde die Klage begründet ist.

---

[1] Bähr, die Anerkennung, 1. Aufl., S. 233, 235; Windscheid, Pand., § 370 bei Note 2.

Denn wenn da, wo nach beiderseitiger Uebereinkunft ein Darlehen nicht erwartet wird, ein Darlehensschuldschein (oder ein seiner Rechtswirkung nach als solcher aufzufassendes Darlehensempfangsbekenntniß) ausgestellt wird, so kann darin, da Simulation nicht vermuthet wird, nichts Anderes gefunden werden, als die vom Aussteller vertragsmäßig eingegangene Verpflichtung, sich wie der Schuldner eines Darlehens in dem betreffenden Betrage behandeln zu lassen. Der Aussteller erkennt damit zugleich eine entweder schon früher übernommene Verbindlichkeit an, für welche er im Wege der Novation nur wie ein Darlehensschuldner haften will, oder er will für irgend eine andere gleichzeitig, sei es mit Rücksicht auf eine Gegenleistung, oder in liberaler Absicht eingegangene Verbindlichkeit schon bei ihrer Begründung die Haftung als Darlehensschuldner übernehmen.

Solche Darlehensschuldscheine, welche unzweifelhaft dispositiven Charakter haben, sind bei uns vielfach im Gebrauch und es kann nach der bestehenden Rechtsüberzeugung, welche auch bei den neueren Rechtslehrern und in der neueren Rechtsprechung, insbesondere auch des Obertribunals, Anerkennung gefunden hat, aus einem unter Umständen, wo ein Darlehen gar nicht mehr erwartet wurde, ausgestellten Darlehensschuldscheine gegen den Aussteller auf Bezahlung der als Darlehen anerkannten Summe geklagt werden, ohne daß der Kläger nöthig hat, das Rechtsverhältniß, aus welchem die Verpflichtung des Ausstellers entsprungen ist, aufzudecken und im Widerspruchsfalle zu beweisen [2].

[2] **Bähr**, die Anerkennung, § 58, § 62, S. 248—251, vergl. mit § 38; **Derselbe** in den Jahrb. für Dogmatik, Bd. II, S. 424 ff.; **Unger**, ebendaselbst Bd. VIII, S. 206 ff.; **Windscheid**, Pand., 2. Aufl., § 372 N. 12, § 364 N. 3, § 412a N. 2 am Ende; vergl. § 412b N. 1, § 354 N. 1 am Ende; **Seuffert**, Archiv, Bd. XIII Nr. 17, Bd. XVII Nr. 236, Bd. XXIII Nr. 118; Entscheidung des Obertribunals vom 13. Februar 1872 in Sachen Bader c. Kostenbader.

Obwohl nach der von dem Landrechte wiederholten Bestimmung des römischen Rechtes [3] eine Schuldurkunde, welche den Schuldgrund nicht angibt, den Kläger gegenüber der Einwendung, daß die Verschreibung ohne Vorhandensein eines Schuldgrundes (indebite) ausgestellt worden sei, der Anführung und des Beweises des Schuldgrundes nicht überhebt, so muß doch eine Schuldurkunde, welche einen bestimmten Schuldgrund anführt, nach dessen Regeln der Aussteller haften will, zur Begründung der Klage genügen, wenn feststeht, daß er die Urkunde, in welcher er sich verpflichtet, im Bewußtsein der Unrichtigkeit des angeführten Schuldgrundes ausgestellt hat, indem hiemit gegeben ist, daß er sich nicht ohne rechtlichen Grund verpflichtet hat, sondern in Anerkennung eines andern Schuldgrundes, der aber, soweit der Wille der Kontrahenten maßgebend sein kann, jetzt nicht mehr berücksichtigt werden soll. In solchem Falle ist es daher Sache des Ausstellers, den ursprünglichen, sei es vorangegangenen oder gleichzeitig eingetretenen Schuldgrund aufzudecken und die Verbindlichkeit aus dem Schuldscheine wegen ermangelnder Voraussetzung oder wegen Zuwiderlaufens gegen ein gesetzliches Verbot mit einer Einrede (nach den Grundsätzen der condictio sine causa im weiteren Sinne) anzufechten.

**Entscheidung des Obertribunals vom 13. Oktober 1873 in der Berufungssache Krauß c. Wellhöfer.**

## 21) Ueberbürgschaft; bei ungiltiger Hauptbürgschaft gleichfalls ungiltig.

Für eine Kaufschillingsforderung hatte sich die Mutter des Käufers, die Wittwe K., verbürgt mit der Verpflichtung, noch eine tüchtige Ueberbürgschaft zu leisten, und sie hatte hierauf auch in der Person des B. R. einen Ueberbürgen gestellt. Die Bürgschaft der Wittwe K. war jedoch

---

[3] l. 25 § 4 D. de probat. (22, 3); Landrecht, Theil I, Tit. 34, § 4.

von ihr ohne Beobachtung der bezüglichen Bestimmungen des Pfandentwicklungsgesetzes übernommen worden, und wurde demzufolge von ihr später nicht als giltig anerkannt, was den Ueberbürgen veranlaßte, seine Verbindlichkeit gleichfalls als nichtig anzufechten. Diese Anfechtung wurde als gegründet erkannt und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen hierüber bemerkt:

Hat der Kläger keine Mitbürgschaft für den Käufer, sondern nur eine Ueberbürgschaft für die Bürgin, die Wittwe K., eingegangen, so kann sich derselbe mit Wirkung auf die Ungiltigkeit der Interzession der Wittwe K., wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten bei Eingehung derselben, und folgeweise auf die Ungiltigkeit seiner accessorischen Bürgschaftsleistung berufen [1]. Die Verhältnisse des vorliegenden Falles berechtigen nicht zu der Annahme, daß der Kläger mit dem Bewußtsein, die Bürgschaft der Wittwe K. sei ungiltig, sich gleichwohl verbürgt habe, indem eines Theils thatsächlich nicht begründet worden ist, daß der Kläger Wissenschaft hatte oder haben konnte in Ansehung der gesetzlichen Erfordernisse der giltigen Eingehung der Bürgschaft einer Frauensperson und deren Nichtbeobachtung von Seiten der Wittwe K., und anderer Seits, wenn er dieß je gewußt haben sollte, denken konnte, es werde die erforderliche Einleitung zur Nachholung der gesetzlichen Förmlichkeiten noch getroffen werden.

**Entscheidung des Obertribunals vom 13. Dezember 1873 in der Berufungssache Ettmayer c. Reuttner.**

Die Bürgschaft ist ihrem Grundbegriffe nach, als eine auf Sicherung der Abtragung einer fremden Schuld gerichtete, neben der Verbindlichkeit des Hauptschuldners be-

---

[1] l. 16 § 1 D. ad S. C. Vellej. (16, 1); cst. 14 Cod. ad S. C. Vellej. (4, 29); l. 7 § 1 D. de exc. praescr. (44, 1); l. 2 D. quae res pign. (20, 3); **Puchta**, Pand. § 407; **Göschen**, Vorlesungen über das gem. Civilrecht Bd. II, Abth. 2, § 563, S. 512; **Windscheid**, Pand. § 477, Note 6; **Bolley**, Kommentar zum Pfandgesetz Bd. I, S. 7, Bd. III, S. 1146.

stehende Verpflichtung, streng accessorischer Natur und erfordert daher zu ihrer Giltigkeit das Vorhandensein einer giltigen Hauptschuld als wesentliche Voraussetzung [2]. In demselben strengen Abhängigkeitsverhältnisse steht, wenn für die von den Bürgen gegen den Gläubiger übernommene Verpflichtung zu deren weiteren Sicherung von einem Dritten wieder Bürgschaft geleistet worden, die Verpflichtung dieses Ueberbürgen (fidejussor fidejussoris) [3] zu der des Hauptbürgen (fidejussor principalis); denn Letzterer ist, wie in den Gesetzen ausdrücklich hervorgehoben wird, in seinem Verhältniß zu Ersterem als Hauptschuldner, reus, zu betrachten — l. 27 § 4 D. de fidejussor. (46, 1) [4]. Besteht daher die Hauptbürgschaft nicht zu Recht, so fällt damit auch die zur Sicherung der von dem Hauptbürgen übernommenen Schuldverbindlichkeit eingegangene Ueberbürgschaft in sich zusammen, da ohne das Dasein einer Hauptbürgschaft von einer Sicherung derselben durch Ueberbürgschaft keine Rede sein kann, und dieß gilt insbesondere auch dann, wenn für die von einer Frau mit Umgehung

---

[2] Girtanner Bürgschaft S. 20 ff., 381 ff.

[3] Vergl. Girtanner, a. a. O. S. 326. Manche gebrauchen statt des Ausdrucks „Ueberbürge" den Ausdruck „Afterbürge", so z. B. Göschen, Civilrecht Bd. II, Abth. 2, S. 511, 512; Sintenis, Civilrecht, 1. Aufl., Bd. II, S. 387; Puchta, Pand. § 405, Note h; Seuffert, Pand. Bd. I, § 383, Note 2; auch kommt der Ausdruck „Rückbürge" und „Nachbürge" vor.

[4] Arndts, Pand. § 354, Note k; Girtanner, a. a. O. S. 316, 326; Schmid, Kommentar Bd. III, S. 506. — Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Ueberbürgen und dem Hauptbürgen ist eben das accessorische Verhältniß der Verbindlichkeit des Ersteren zu der des Hauptbürgen. Ungenau ist es daher, wenn Reyscher, württ. Privatrecht Bd. II, § 475, als Ueberbürgen denjenigen bezeichnet, an welchen sich der Gläubiger erst halten könne, wenn der nächste Bürge vergebens ausgeklagt sei. Denn die hiemit hervorgehobene Eigenschaft der Subsidiarität der Ueberbürgschaft ist keineswegs begriffswesentlich für dieselbe, es ist dieß ein bloßes naturale, während das essentiale in dem accessorischen Verhältniß zur Hauptbürgschaft besteht.

der gesetzlichen Förmlichkeiten übernommene Bürgschaftsverbindlichkeit ein weiterer Bürge als Ueberbürge hinzugetreten ist.

22) Entschädigung wegen Zwangsenteignung.

Einem Kunstgärtner in Ulm wurde sein Garten, auf welchem er die Gärtnerei betrieb, expropriirt. Derselbe war mit der ihm verwilligten Entschädigung nicht zufrieden und begründete die beanspruchte höhere Entschädigung theils damit, daß das enteignete Grundstück durch sorgfältige Kultivirung auf einen besonders hohen Stand der Ertragsfähigkeit gebracht gewesen sei, theils damit, daß das Grundstück sich zur Anlegung eines Lagerbierkellers geeignet hätte, indem er verlangte, daß beide Umstände als wertherhöhend in Berücksichtigung genommen werden. Die nachgewiesene hohe Ertragsfähigkeit des Grundstücks wurde bei Berechnung der Entschädigungssumme in Anschlag genommen, nicht aber die mögliche Verwendbarkeit des Grundstücks zu einem Bierkeller und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Ganz abgesehen davon, ob die Verwendbarkeit der enteigneten Parzelle zur Anlegung eines Bierkellers neben der Werthschätzung des Grundstückes als gut kultivirten, zum Samenbau eingerichteten Gartens Berücksichtigung finden dürfte, kann die Brauchbarkeit eines enteigneten Grundstücks zu andern Zwecken, als zu welchen der Eigenthümer dasselbe benützte, also insbesondere seine Verwendbarkeit zu baulichen und gewerblichen Anlagen, nur dann bei der Werthschätzung desselben in Betracht kommen, wenn sie eine solche ist, welche nach den Verhältnissen zur Zeit der Expropriation im gemeinen Leben und gewöhnlichen Verkehr berücksichtigt werden und unter allen Umständen den gewöhnlichen Verkehrswerth des enteigneten Grundstücks zu steigern geeignet gewesen wäre; nur dann ist die Eigenschaft des Grundstücks eine solche, welche jederzeit verwerthet werden konnte und den objektiven Ver-

mögenswerth des Grundstücks bestimmte. In dieser Richtung fehlt es aber dem erhobenen Anspruch schon an der genügenden thatsächlichen Begründung. Denn wenn auch schon im Jahre 1868, zur Zeit der Expropriation, die Bierfabrikation in Ulm in stetigem Aufschwung begriffen war und ein Bedürfniß von Lagerbierkellern vorlag, auch seit dem Jahre 1864 in der Gegend, in welcher sich die enteignete Parzelle befunden hat, die von dem Kläger angeführten Erwerbungen zum Bau von Lagerbierkellern stattgefunden haben und dort hiezu die günstigsten Plätze, auch Grundstücke zu diesem Zwecke in solcher Lage in Ulm selten waren, so würde daraus nur folgen, daß das enteignete Grundstück für einen Bierbrauer, der gesonnen gewesen, auf solchem einen Bierkeller zu errichten, einen höheren Werth hatte, nicht aber, daß der gewöhnliche Verkehrswerth desselben ein gesteigerter war, wie denn auch der Kläger nicht in der Lage war, Kauffälle von in der fraglichen Gegend gelegenen, zur Verwendung zu Bierkellern geeigneten, Grundstücken zu bezeichnen, in welchen sich der höhere allgemeine Verkehrswerth derselben, wie er zur Zeit der Expropriation bestanden haben soll, ausgedrückt hätte. Ob das Grundstück aber von einem Bierbrauer zum Zwecke der Errichtung eines Bierkellers begehrt worden wäre, erscheint im Hinblick auf das begrenzte Bedürfniß weiterer Bierkeller und bei dem Umstande, daß neben dem Grundstück in Frage auch andere zu Bierkellern geeignete vorhanden waren, als eine ganz ungewisse, außerhalb des gewöhnlichen Verkehrsbedürfnisses liegende Zufälligkeit, während eine solche zufällige und ungewisse Verkaufsmöglichkeit bei der Werthschätzung keine Beachtung finden kann.

**Entscheidung des Obertribunals vom 9. Oktober 1873 in der Berufungssache Eisenbahnbaukommission c. Schmid [1].**

---

[1] In derselben Weise ist auch in mehreren anderen Berufungssachen erkannt worden, so an demselben Tage in der Berufungssache Eisenbahnbaukommission c. Bierdämpfel.

## 23) Regreßklage des Schuldners gegen die Unterpfandsbehörde.

Die gesetzliche Vorschrift, daß die Pfandbehörde bei der Veräußerung des Unterpfands die erforderliche Verfügung wegen der Verwendung des Erlöses zur Tilgung der Forderung des Pfandgläubigers zu treffen habe, ist nur eines Theils im Interesse des Letzteren, andern Theils im Interesse des Käufers des Unterpfandes gegeben [1]. Auch sprechen die Gesetze nur von einer dießfälligen Verantwortlichkeit der Pfandbehörde gegenüber dem Pfandgläubiger, nicht auch gegenüber dem Schuldner [2]. Eine Veranlassung, für den Schuldner wegen der Verwendung des Erlöses aus dem Unterpfand die Fürsorge der Pfandbehörde eintreten zu lassen, lag für den Gesetzgeber nicht vor. Denn der Schuldner hat es in seiner Hand, den durch den Verkauf des Unterpfands erzielten Kaufschilling zur Tilgung der Pfandschuld zu verwenden, beziehungsweise Einleitung für die Zahlung an den Pfandgläubiger zu treffen. Unterläßt er dieß, so hat er sich die etwaigen nachtheiligen Folgen selbst zuzuschreiben.

**Entscheidung des Obertribunals vom 13. November 1873 in der Berufungssache Bayer c. Wurster.**

## 14) Anerkennungsklage; rechtliches Interesse.

Der Art. 319 der Civilprozeßordnung bestimmt: „Ein Anspruch kann im Wege der Klage auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung geltend gemacht werden, sofern der Kläger ein rechtliches Interesse dabei hat, daß der Anspruch alsbald durch das begehrte Urtheil festgestellt werde.“ Ob ein solches rechtliches Interesse im einzelnen Falle vorliege, wird häufig Gegenstand des Streites und

---

[1] Pfandgesetz vom 15. April 1825 Art. 129, 132, 133, 207, 208; Pfandentwicklungsgesetz vom 21. Mai 1828 Art. 46.

[2] Pfandgesetz Art. 133, 207; Pfandentwicklungsgesetz Art. 46, Absatz 2.

verschiedener Beurtheilung [1], und es sollen daher solche Fälle in Folgendem mitgetheilt werden:

a. Klage auf Anerkennung der Nichtexistenz des Successionsrechtes in ein fürstliches Familienfideikommiß.

Fürst Carl, das Haupt einer standesherrlichen zum hohen Adel gehörigen Familie, hatte sich mit einer Bürgerlichen verehelicht und in dieser Ehe mehrere Kinder erzeugt. Aus Anlaß seiner Verehelichung hatte Fürst Carl, weil diese Heirath mit den Familiengesetzen und Bestimmungen unvereinbar war, das gesammte fürstliche Familienfideikommiß an den Fürsten Eberhard abgetreten. Als aber eine Anzahl von Verträgen der Fürstl. Standesherrschaft über die Veräußerung einzelner Bestandtheile des Fürstl. Familienfideikommisses, nämlich 76 Kaufverträge und 9 Tauschverträge, dem Kreisgerichtshofe R. zum gerichtlichen Erkenntniß vorgelegt worden waren, so machte der Gerichtshof bei Prüfung der Agnatenkonsense die Ausstellung, daß der Fürst Carl den Konsens auch im Namen seiner männlichen Deszendenz zu ertheilen habe und erließ zu diesem Zwecke, obwohl seiten der Fürstl. Domänenkanzlei erklärt wurde, daß dieser Deszendenz keine agnatischen Rechte zustehen, verschiedene Verfügungen. Dies veranlaßte den Senior der Fürstlichen Familie und Inhaber des Fürstl. Familienfideikommisses Klage gegen den Fürsten Carl Namens seiner Deszendenz dahin zu erheben, er habe anzuerkennen, daß den von dem Beklagten mit seiner jetzigen Gemahlin erzeugten Kindern ein Anspruch an das Fürstl. Familienfideikommiß nicht zustehe, indem geltend gemacht wurde, daß Kläger ein rechtliches Interesse daran habe, daß schon jetzt gemäß Art. 319 der C.-P.-O. festgestellt werde, daß der Deszendenz des Beklagten eine Familiengenossenschaft mit dem Fürstl. Hause und demgemäß

---

[1] Vergl. meine Ausführung im württ. Archiv Bd. XII, S. 1 ff.

ein Successionsrecht in das Familienfideikommiß nicht zustehe.

Von dem Kreisgerichtshofe wurde die Klage abgewiesen, indem derselbe davon ausging, daß für den Kläger ein rechtliches Interesse an der beantragten Feststellung nicht bestehe.

Anderer Ansicht war das Obertribunal, welches ein rechtliches Interesse des Klägers als dargethan erachtete und demgemäß die Anerkennungsklage als an sich zulässig (und als gegründet) erkannte. In den Entscheidungsgründen wurde dießfalls ausgeführt:

Nach den geltenden Rechtsgrundsätzen müssen zu Veräußerungen von Lehen- und Fideikommißgütern die Konsense aller Anwärter und zwar nicht blos der Väter, sondern auch der minderjährigen Söhne derselben, weil sie unabhängig von ihren Vätern ex pacto et providentia majorum berechtigt sind, beigebracht werden, was vom Obertribunal schon in einem Erkenntniß vom 6. Mai 1831 anerkannt worden ist [2], und der Veräußerer solcher Güter ist verpflichtet, dem über die Veräußerung erkennenden Gerichte die Konsense aller Agnaten vorzulegen. Schon um dieser gesetzlichen Pflicht genügen zu können, hat er ein rechtliches Interesse, zu wissen, wer die konsensberechtigten Agnaten sind, indem, wenn er die Agnatenkonsense nicht vollständig erbringt, das Gericht das Erkenntniß verweigert. Der Veräußerer hat aber auch schon vorher, bei Abschluß des Vertrages, ein rechtliches Interesse, die Agnaten zu wissen, weil der Käufer in der Regel nur unter der Voraussetzung, daß alle berechtigten Agnaten einwilligen, mit ihm kontrahirt, und er daher erst dadurch, daß er sich die Erklärung sämmtlicher berechtigten Agnaten verschaffen kann, Gewißheit erhält, ob er den Vertrag über-

---

[2] K. Verordnung vom 20. Juni 1812; Volley, Entwürfe von Gesetzen 2c. S. 120 ff.; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. II, § 386.

haupt zu Stande bringt oder nicht, ferner, weil ein Vertrag eher unternommen und zu Stande gebracht wird, wenn man die Personen, welche in denselben einzuwilligen haben, kennt, als wenn man sie nicht kennt, und die Konsensgelder, von deren Bezahlung manche Agnaten ihre Einwilligung abhängig machen, den Verkäufer zum Fallenlassen oder zur Aenderung des Vertrages veranlassen können, sowie endlich auch, weil die Frage von der Berechtigung oder Nichtberechtigung minderjähriger Mitprätendenten von Einfluß darauf sein kann, ob der Verkäufer bei Abschluß des Vertrages gegenüber dem Käufer alle seine Rechtszuständigkeiten strenge zu erschöpfen hat oder Billigkeitsrücksichten Raum geben darf.

Das Mitbetheiligungsrecht der Agnaten wird nicht etwa erst bei einem Successionsfalle, sondern es wird schon viel früher und jeder Zeit bei Kauf- und Tauschverträgen über Liegenschaft, bei Ablösungen, Verpfändungen, Familienverträgen u. s. w. praktisch und namentlich die Veräußerungsverträge mit Dritten sind es, welche, wie die dem Gerichtshofe in R. zum gerichtlichen Erkenntniß vorgelegten 85 Kauf- und Tauschverträge der Fürstl. Standesherrschaft bestätigen, durch die Umstände so häufig und so unvorhergesehen herbeigeführt werden, daß der Fall der Beiziehung der Agnaten jeden Tag eintreten kann und für die Kläger das rechtliche Interesse, die berechtigten Agnaten zu kennen, auch abgesehen von obigen 85 Verträgen und ohne diese, zu jeder Zeit besteht.

**Entscheidung des Obertribunals vom 12. September 1873 in der Berufungssache Waldburg c. Waldburg.**

b. Klage auf Anerkennung des Erloschenseins der allg. Gütergemeinschaft und des Bestehens des väterlichen Nutznießungsrechtes.

Von zwei Ehegatten, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatten, starb die Ehefrau mit Hinterlassung dreier Kinder. Zwischen diesen und dem über-

lebenden Ehemann entstanden Streitigkeiten wegen Fortsetzung der Gütergemeinschaft, indem der Wittwer diese auch fernerhin erhalten wissen wollte, während die Kinder die allgemeine Gütergemeinschaft mit dem Wittwer nicht fortsetzen zu wollen erklärten. Ehe dieser Streit zum Austrag gekommen war, wurde von der Exekutionsbehörde wegen einer gegen die Tochter Ida eingeklagten Wechselschuld die Veräußerung ihres Muttergutes, übrigens unbeschadet des väterlicher Seits angesprochenen lebenslänglichen Nutznießungsrechtes, angeordnet. Gegen diese beabsichtigte Veräußerung protestirte der Wittwer und erhob sofort gerichtliche Klage gegen seine Tochter Ida, indem derselbe nunmehr, im Widerspruch mit seinen Kindern, welche jetzt die Fortsetzung der allg. Gütergemeinschaft mit ihrem Vater behaupteten, deren Erlöschung mit dem Tode seiner Ehefrau geltend machte, und die Bitte stellte zu erkennen, daß die zwischen ihm und seiner verstorbenen Gattin bestandene allgemeine Gütergemeinschaft mit dem Tode der letzteren aufgehört habe, und von dem mütterlichen Erbtheil der Beklagten dem Kläger die lebenslängliche Nutznießung und Verwaltung zustehe [3].

Das Kreisgericht wies durch Urtheil vom 9. Mai 1873 die Klage ab, da nach Art. 319 der C.=P.=O. ein Anspruch im Wege der Klage ohne vorhergehende Rechtsverletzung nur dann geltend gemacht werden könne, wenn der Kläger an der alsbaldigen Feststellung desselben ein rechtliches Interesse habe, während in vorliegendem Falle dem Kläger ein solches Interesse nicht zur Seite stehe. Denn durch die bloße Behauptung der Beklagten, daß die allg. Gütergemeinschaft fortgesetzt worden sei und dem Kläger ein Recht auf die lebenslängliche Verwaltung und Nutznießung ihres Muttergutes nicht zustehe, werde der Kläger nicht beeinträchtigt oder in seiner Verfügungsfreiheit gehindert,

---

[3] In Boscher's Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit, Jahrg. XVI, S. 129 ff., ist der ganze Rechtsfall abgedruckt.

sofern jene Behauptung, falls sie zu einer dem Kläger nachtheiligen Berühmung eines gegen ihn zustehenden klagbaren Rechtsanspruchs werden sollte, diesem nur Anlaß zu einer Aufforderungsklage nach Art. 799 der C.=P.=O. geben könnte, so lange sie sich aber darauf beschränke, dem in seinem thatsächlichen Bestand anerkannten und nicht gestörten Verhältnisse des Klägers zu dem in seinem Besitze und Gebrauche befindlichen Vermögen der Beklagten eine rechtliche Beziehung zu geben, für den Kläger ohne Bedeutung sei; und sofern, was die Bestreitung des Rechtes auf lebenslänglichen Nießbrauch und Verwaltung betreffe, diese gleichfalls blos theoretische Bedeutung habe, da der Kläger in der thatsächlichen Ausübung dieser Rechte auch für die Folgezeit nicht gefährdet werden wolle. Daß der Kläger durch die beanspruchten lebenslänglichen Nießbrauchs= und Verwaltungsrechte die Vornahme des drohenden Zwangsverkaufes des Muttergutes der Beklagten verhindern wolle oder könne und hierdurch sein Interesse an der Feststellung jener Rechte begründet werde, habe der Kläger selbst nicht behauptet und stünde solche Behauptung auch mit der Bestimmung des Landrechtes Thl. IV, Tit. 15, § 3 und Thl. III, Tit. 2, § 10 im Widerspruch. Zu wissen, welche Rechte dem Kläger an dem zu verkaufenden Muttergute zustehen, sei allerdings für den etwaigen Kaufsliebhaber und deßhalb auch für die Beklagte und deren Gläubiger von offensichtlichem Interesse. Allein hierauf könne der Kläger zu Rechtfertigung seiner Anerkennungsklage sich nicht berufen. Zwar könne die Feststellung der Größe des Muttergutes der Beklagten und der lebenslänglichen Dauer des dem Kläger thatsächlich eingeräumten Nießbrauchs= und Verwaltungsrechtes für den Kläger insofern wünschenswerth sein, als es auch für ihn, wie überhaupt für Jedermann, von Interesse sei, die Größe seines Vermögens und der darauf haftenden Verbindlichkeiten zu kennen. Allein dieses natürliche Interesse begründe für sich allein nicht auch das rechtliche Interesse, welches in

Art. 319 der C.-P.-O. für den Anspruch auf richterliche Feststellung unverletzter Rechte vorausgesetzt sei, und es habe der Kläger nicht dargelegt, welche Umstände gerade jetzt eine gerichtliche Feststellung jener Fragen besonders nöthig oder wünschenswerth erscheinen lassen.

Anderer Ansicht war die Civilkammer des Obertribunals, welche die Klage für begründet erkannte und, soweit es sich um die Frage des Vorhandenseins eines das Klagerecht begründenden rechtlichen Interesses des Klägers handelte, in den Entscheidungsgründen ausführte:

Die Annahme des vorigen Richters, daß dem Kläger kein rechtliches Interesse bei der Erhebung seiner Klage zur Seite stehe, ist unstichhaltig. Es handelt sich hier nicht um ein bloßes Bestreiten gewisser Ansprüche des Klägers, welches, wie der vorige Richter annimmt, ohne alle weiteren thatsächlichen Folgen sei, sondern um praktische Fragen, welche für den Kläger von Erheblichkeit sind. Der Kläger verlangt eine Entscheidung darüber, ob er mit der Beklagten noch in einer Gütergemeinschaft stehe, in Folge deren er der Beklagten gegenüber kein abgetheiltes Vermögen besäße und die Beklagte an der seit dem Tode der Frau des Klägers eingetretenen Vermögensveränderung, welche vom Kläger als eine Vermehrung bezeichnet wird, Theil hätte, oder ob die frühere Gütergemeinschaft gegenüber der Beklagten aufgehoben sei und die seither eingetretene oder noch künftig eintretende Vermögensvermehrung ihm zukomme. Daß es nun schon im Allgemeinen für Niemanden gleichgiltig ist, ob er in einer sein ganzes Vermögen umfassenden Sozietät mit einem Andern stehe oder nicht, liegt auf der Hand. Denn, wenn er socius ist, so ist sein Recht zur Vermögensverfügung unter Lebenden stets an das Interesse seines Mitsocius gebunden und daher in einer Weise vielfach beschränkt, die dem freien Vermögensbesitzer ganz unbekannt ist; auch ist ihm als socius die Größe seines Vermögensbesitzes nicht genügend bekannt, weil sie von der künftigen Auflösung der Sozietät und den

Abmachungen mit dem Mitsocius, welche solchenfalls zu bereinigen sind, abhängig ist; ebenso ist er auch in der Verfügung von Todeswegen insofern eingeengt, als ihm kein bestimmtes Vermögensobjekt allein als Eigenthümer gehört und er auch hier wieder den genauen Betrag seines Vermögens nicht kennt. Aber auch wegen der Vermögensveränderungen ist der Kläger bei der Frage vom Fortbestande der Gütergemeinschaft praktisch betheiligt. Daß Veränderungen seit dem Jahre 1865 (in welchem Jahre die Frau des Klägers gestorben ist) überhaupt eingetreten sind, wäre bei einem Vermögen, das in lauter Fahrniß und Forderungen der verschiedensten Art bestand, schon nach allgemeiner Erfahrung als sicher anzunehmen und ist zudem von der Beklagten zugegeben. Wenn daher diese Veränderungen, wie der Kläger behauptet und die Beklagte anerkennt, im Sinne einer Vermögensvermehrung stattfanden und noch künftig stattfinden würden, so hat der Kläger, falls die Gütergemeinschaft, wie er behauptet, längst aufgehoben und der Erbtheil der Beklagten damals fest bestimmt wurde, beziehungsweise auch wenn die Gütergemeinschaft jetzt aufgehoben würde, ein ausschließliches Recht auf die erlangte, beziehungsweise künftig zu erlangende Vermögensvermehrung, weil er dieselbe durch seine Verwaltung erworben hat, beziehungsweise noch erwerben wird, und der Beklagten nur ein persönliches Forderungsrecht für ihren festgesetzten Erbesbetrag von ihm zusteht, wogegen die Beklagte bei fortdauernder Gütergemeinschaft an der eingetretenen Vermögensvermehrung pro rata unbedingt Mitanspruch hätte. Auch ist dem Kläger Angesichts des tiefen Zerwürfnisses zwischen den Parteien und der Art und Weise des Verhaltens der Beklagten zu glauben, wenn er versichert, daß das Interesse an der Vermehrung seiner Vermögensrechte mittelst Ersparungsmaßregeln, die er sich auferlege, für ihn aufhören würde, wenn die Gütergemeinschaft mit der Beklagten fortbestünde und er das Ersparte mit ihr theilen müßte.

Das rechtliche Interesse des Klägers an der Aufhebung der Gütergemeinschaft mit der Beklagten steht daher außer allem Zweifel, und ein gleiches rechtliches Interesse hat er auch an der Feststellung des statutarischen Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes, welches er an dem Erbtheile der Beklagten anspricht und zum weiteren Gegenstande seiner Klage gemacht hat.

Dieses letztere Recht wurde von der Beklagten schon im Jahre 1835 widersprochen und nur thatsächlich und mit dem Vorbehalte jederzeitigen beliebigen Widerrufes auf die Verwaltung und Nutznießung in der Hand des Klägers gelassen; in dem jetzigen Rechtsstreite ist das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Klägers von der Beklagten in jeder Beziehung gänzlich bestritten und nur als Ausfluß der Gütergemeinschaft, deren Fortdauer die Beklagte jetzt behauptet, will dieselbe die Verwaltung und den Genuß des gesammten Vermögens dem Kläger jetzt nicht entziehen. Sobald diese Fortdauer der Gütergemeinschaft verneint wird, liegt daher die praktische Bedeutung des Streites über den klägerischen Anspruch klar vor, indem dann sein statutarisches Verwaltungs- und Nutznießungsrecht der einzige Rechtsgrund bleibt, aus welchem er der Beklagten das Muttergut vorzuenthalten befugt ist. Es ist somit einleuchtend, daß der Kläger das weitere dringende rechtliche Interesse hat, daß gleichzeitig mit der Entscheidung über das Aufhören der Gütergemeinschaft auch sein statutarisches Nutznießungsrecht festgestellt werde.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. November 1873 in der Berufungssache Camerer c. Camerer.

25) Rechtswohlthat der Kompetenz des Gantmanns; neuer Vermögenserwerb.

Wenn ein Gantmann von dem im Gante durchgefallenen Gläubiger wieder angegriffen werden will, so hat Dieser darzuthun, daß Jener wieder ein einigermaßen erhebliches Vermögen erworben habe und zwar so viel, daß

derselbe angegriffen werden könne, ohne daß der Beklagte hiedurch des zu seinem und der Seinigen Lebensunterhalt Nothwendigen beraubt werde. Dieser Beweis aber ist von klägerischer Seite nicht erbracht.

Die vorhandene Liegenschaft ist auf den Namen der Ehefrau des Beklagten erworben und in die öffentlichen Bücher eingetragen; sie ist daher Eigenthum der Ehefrau und kein Vermögensobjekt, welches wegen einseitiger Verbindlichkeiten des Ehemanns, wie die in Frage stehende ist, angegriffen werden könnte [1]. Der Einwand aber, daß die Mittel zur Erwerbung dieser Liegenschaft aus der Errungenschaft geflossen seien, und daß der Erwerb nur in der betrüglichen Absicht, um denselben den Angriffen der alten Gläubiger zu entziehen, auf den Namen der Ehefrau gestellt worden sei, ist schon deßhalb unbegründet, weil feststeht, daß der Kaufschilling für die fragliche Liegenschaft aus Mitteln getilgt worden ist, welche aus dem Mehrerlöse beim Wiederverkaufe eines ebenfalls von der Ehefrau für sich auf Kredit erkauften, auf ihren Namen eingetragenen und (mit Ausnahme von allenfalls 100 fl.) nicht aus der Errungenschaft bezahlten Baumgutes herrühren.

Ebendamit fällt auch die aufgestellte Annahme dahin, daß wegen Tilgung der Kaufschillinge für Wohnhaus und Baumgut aus Errungenschaftsmitteln Ersatzansprüche der Errungenschaft an die Ehefrau des Beklagten im Belaufe von mehreren tausend Gulden bestehen, welche ein behufs Befriedigung des durchgefallenen Gläubigers des Ehemanns angreifbares Vermögensobjekt bilden. Bezüglich der an dem Baumgut sofort bezahlten 100 fl. und der aus dem stehen gebliebenen Kaufschillingsreste von 1100 fl. während 12 Jahren bezahlten Zinse im Betrage von 558 fl. würden zwar solche Ersatzansprüche begründet sein. Dieselben können jedoch schon darum nicht als ein geeignetes Exe-

[1] **Vergl. K. Verordnung vom 21. Mai 1825, § 27; Pfandentwicklungsgesetz vom 21. Mai 1828, Art. 52, Ziff. 1.**

kutionsobjekt angesehen werden, weil die Ehefrau dagegen ihren im Gante durchgefallenen Beibringensanspruch in höherem Betrage in Aufrechnung bringen könnte.

Allerdings ist weiterhin von dem Erlöse aus dem Baumgut im Betrage von 10,000 fl., über Abzug der sofort hievon getilgten Pfandschulden der Ehefrau im Belaufe von 4900 fl., eine Summe von 5000 fl. in die Errungenschaftsgemeinschaft geflossen [2], welche sodann durch Verwendung von 1300 fl. zur Bezahlung eines von der Ehefrau angekauften Anwesens in M. sich auf 3800 fl. reduzirte. Auch kann nach Lage der Sache nicht bezweifelt werden, daß dieser Betrag, wovon noch vor kurzer Zeit 2—3000 fl. in Depot waren, noch dermalen in Natur oder in Surrogaten in dem gemeinschaftlichen Vermögen vorhanden sei, und der Ehefrau, zu deren Sondergut der entsprechende Werth gehört, steht an und für sich nur ein Forderungsrecht von gleich großem Betrage gegenüber der Errungenschaftsgemeinschaft zu. Allein wenn es sich der Einrede der Kompetenz gegenüber darum handelt, ob Beklagter wiederum ein solches erhebliches Vermögen neu erworben habe, welches ein geeignetes Exekutionsobjekt für eine einseitige Verbindlichkeit des Beklagten bildet, so kann ein solcher Erwerb, welcher lediglich nominell für die Errungenschaftsgemeinschaft gemacht ist, und welcher nur dadurch gemacht werden konnte, daß gleichzeitig eine gleich große Verbindlichkeit gegen das Sondervermögen der Ehefrau entstände, effektiv nicht als ein solches Vermögen des Beklagten, bezw. der Errungenschaftsgesellschaft angesehen werden, welches von den im Gante durchgefallenen Gläubigern in Anspruch genommen werden könnte. Der Wiederangriff eines solchen neuen Erwerbes würde eine dem Sinne der Rechtswohlthat, welche nur dann nicht wirksam ist, wenn der Schuldner in Wirklichkeit wieder zu besseren Kräften

---

[2] Lang, Personenrecht, S. 270; Bierer, württ. Privatrecht, Bd. III, S. 21; Zeitter, freiw. Gerichtsbarkeit, § 517.

gekommen ist, widersprechende Härte enthalten und würde, da die Ansprüche der Ehefrau das Vorzugsrecht dritter Klasse genießen, zu einer ungerechtfertigten Behelligung des Beklagten mittelst eines zwecklosen Gantverfahrens führen.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Juli 1873 in der Berufungssache Näher c. v. Stockmayer.

26) Allgemeine Gütergemeinschaft; deren Fortsetzung mit den Kindern nach dem Tode des einen Ehegatten.

Die allgemeine Gütergemeinschaft als Vertrag über die güterrechtlichen Verhältnisse der Eheleute während der Ehe erlischt mit dem Ende der Ehe und wird daher mit dem Tode des einen Ehegatten an sich aufgehoben [1].

Nach der von dem Obertribunal schon früher ausgesprochenen Annahme findet zwischen den Eheleuten während der Ehe eine communio pro indiviso, ein Miteigenthum am Gesammtvermögen nach ideellen und zwar im Zweifel gleichen Antheilen statt, welche sich mit der Trennung der Ehe in reelle Theile verwandeln, so daß der absterbende Ehegatte die Hälfte des Gesammtvermögens als seinen Nachlaß hinterläßt, und ist dieser Nachlaß nach den Grundsätzen des Erbrechtes zu vererben [2]. Es liegt daher auf den Tod eines der Ehegatten mit Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft zugleich ein Erbfall vor und durch diesen Erbfall wird an und für sich betrachtet die Vornahme einer Eventualtheilung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern begründet. Da jedoch die zwischen den Ehegatten bestandene allgemeine Gütergemeinschaft in der Regel zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern als „prorogirte Gütergemeinschaft" fortgesetzt

[1] Gerber, deutsches Privatrecht, § 233.

[2] Vgl. Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. VI, S. 24 ff., 42 ff.; vgl. auch Seuffert, Archiv, Bd. VIII, Nro. 56.

wird und der Art. 36 Ziff. 3 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 mit Rücksicht hierauf bestimmt, daß bei der allgemeinen Gütergemeinschaft in der Regel die Eventualtheilung nicht stattzufinden habe, so fragt es sich im einzelnen Falle, ob die allgemeine Gütergemeinschaft von den Kindern mit dem überlebenden parens fortgesetzt worden ist und fortbesteht oder eine solche Fortsetzung nicht stattfand.

Von selbst, vermöge Gesetzes, tritt die fortgesetzte allgemeine Gütergemeinschaft nur nach gewissen Partikularrechten ein; wo solche Vorschriften, wie bei uns, nicht bestehen, kann sie nur auf vertragsmäßige Zustimmung gebaut und diese kann erfahrungsgemäß nur als in der Regel stattfindend angenommen werden. Weil nämlich die Fortsetzung in den meisten Fällen für die Betheiligten nützlich ist, stimmen diese in den meisten Fällen ausdrücklich oder stillschweigend zu, und weil sie in der Regel zustimmen, wird die Fortsetzung als in der Regel stattfindend erklärt [3]. Wo dagegen der zusammenstimmende Wille der Betheiligten fehlt, greift sie nicht Platz, weil der Vertrag fehlt.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. November 1873 in der Berufungssache Camerer c. Camerer.

27) Allgemeine Gütergemeinschaft; statutarisches Verwaltungs- und Nutznießungsrecht.

Wird nach dem Tode eines Ehegatten die während der Ehe bestandene allgemeine Gütergemeinschaft von den Kindern mit dem überlebenden parens nicht fortgesetzt und findet somit eine Eventualtheilung statt, so hat der überlebende parens an dem bei solcher sich ergebenden Erbtheil der Kinder das statutarische Verwaltungs- und Nutznießungsrecht anzusprechen.

---

[3] Gerber, deutsches Privatrecht §. 233 a. E., §. 236; Erkenntniß des Obertribunals in Sachen Nägele c. Fetscher vom 6./7. Febr. 1863; Kübel, Erbrecht §. 233.

Die bloße Thatsache der Existenz eines Erbvertrages schließt nach der richtigen Ansicht die Nutznießung des überlebenden Gatten nicht aus, sobald nur die Absicht der Kontrahenten auf Beibehaltung der gesetzlichen Erbrechtsbestimmungen gerichtet ist [1]. Auch sind, wie das Obertribunal schon früher ausgesprochen hat, die landesgesetzlichen Bestimmungen über das Erbrecht der Ehegatten nicht auf die während der Ehe bestandene Errungenschaftsgemeinschaft zu beschränken, sondern, wenn keine abweichenden Vertragsdispositionen entgegenstehen, ebenmäßig auch im Falle der zwischen den Ehegatten bestandenen allgemeinen Gütergemeinschaft in Anwendung zu bringen, weil diese Bestimmungen, worauf die Motive des Landrechtes hinweisen [2], nach dem deutschen Rechte ihren Grund in den nahen Beziehungen der Ehegatten zu einander und zu dem ehelichen Vermögen haben. Es wird daher bei eintretender Vermögenstheilung dem überlebenden Gatten auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft das statutarische Erbrecht und die mit diesem in engem Zusammenhang stehende statutarische Nutznießung zuerkannt [3].

Entscheidung des Obertribunals vom 31. November in der Berufungssache Camerer c. Camerer.

## 28) Erziehungsrecht der Eltern bei geschiedener Ehe.

Im Jahr 1863 hatten sich der Bauer Hasenbrack und Marie Betzler mit einander verehelicht und war aus dieser

---

[1] Reyscher, württ. Privatrecht §. 578, 580.

[2] Landrechtsakten S. 467, 470.

[3] Runde, deutsches eheliches Güterrecht S 232 ff.; Maurenbrecher, deutsches Privatrecht §. 494, 493; Gengler, Lehrbuch S. 1493 §. 247; Kübel, Erbrecht, 3. Ausg., §. 273; vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. XIII. S. 218; Erk. des Obertribunals vom 7. Febr. 1863 in Sachen Nägele c. Fetscher: Tafel, Civilrechtssprüche Bd. VI, S. 42 ff.

Ehe ein am 8. März 1863 geborenes Kind weiblichen Geschlechtes hervorgegangen. Schon in demselben Jahre waren jedoch Mißhelligkeiten zwischen den Eheleuten ausgebrochen, welche zuerst zu einer faktischen Trennung derselben und am 28. Juni 1865 zur Scheidung der Ehe führten. Hiebei wurden die Kosten verglichen, weil keinem Theil die ausschließliche Schuld beigemessen werden konnte. Das Kind war nach der Trennung der Eheleute bei der Mutter geblieben und wegen der Alimentation desselben war ein Vergleich mit dem Vater des Kindes abgeschlossen worden. Nachdem sich dieser jedoch im Januar 1873 wieder verehelicht hatte, verlangte er von seiner abgeschiedenen Ehefrau Herausgabe des gemeinschaftlichen Kindes an ihn zur Erziehung und erhob, da die Frau sich dessen weigerte, gerichtliche Klage auf Herausgabe des Kindes. Die Klage wurde als ungegründet abgewiesen und es besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, aus welchen auch die maßgebenden faktischen Verhältnisse erhellen, Folgendes:

Wenn auch in einem Falle wie der vorliegende, wo die Schuld der Trennung der Ehe keinem Theil ausschließlich beigemessen werden kann, darüber, bei welchem der getrennten Ehegatten die Kinder zur Erziehung belassen werden sollen, für die Regel und unter sonst gleichen Verhältnissen der Wille des Vaters entscheidet, so muß dieser Wille doch der Rücksicht auf das Wohl des Kindes nachstehen, welche den Ausschlag geben muß, da dessen Förderung Grund und Zweck der Erziehung und Pflicht der Eltern ist, und daher durch das ihnen zustehende Erziehungsrecht nicht gefährdet werden darf [1].

Nun ergibt sich aber im vorliegenden Falle aus den Zeugnissen der beiden Schulmeister und des gemeinschaftlichen Amtes zu D., daß das Kind bei der Beklagten, welche dessen Erziehung inzwischen besorgt hat, bestens aufgehoben

[1] **Dieses Archiv Bd. IV, S. 430 ff., 433 ff.; Bd. XV, S. 176, 439 ff.**

ist. Denn es erhellt nicht nur aus den Schulzeugnissen, daß das Kind zu regelmäßigem Schulbesuche angehalten wird, daß die Reinlichkeit und Sauberkeit der Kleidung des Kindes, wie sein Benehmen tadellos ist und dasselbe in Fleiß wie Sitten das Zeugniß „recht gut" sich erworben hat, was für sich schon auf die häusliche Erziehung das beste Licht wirft, sondern es bezeugen auch wieder sowohl die beiden Schulmeister, daß das Kind nach ihren Wahrnehmungen in Zucht und Pflege guten Händen anvertraut sei, als auch Pfarrer und Schultheiß, daß Beklagte die Mutterpflichten an dem Kinde bisher klaglos erfüllt habe und dieses mit kindlicher Liebe an seiner Mutter hänge. Diesen kompetenten und ganz glaubhaften Zeugnissen gegenüber kann den Aussagen derjenigen Zeugen keinerlei Gewicht beigelegt werden, die schon vor zehn Jahren während des Ehescheidungsprozesses in ganz anderer Richtung vernommen worden sind und nur über einzelne mit den Ehedissidien im Zusammenhang gestandene Vorgänge ausgesagt haben, welche gegen die Befähigung der Beklagten zur Erziehung ihres Kindes einen Schluß nicht gestatten. Wenn weiter klägerischer Seits vorgebracht wird, daß die Beklagte das Kind nach der Schule, wie andere Kinder, viel auf der Gasse herumlaufen lasse, so kann es der Beklagten nicht zum Vorwurf gereichen, wenn sie dem Kinde, wie andern Kindern, die zur Gesundheit nöthige Bewegung im Freien gestattet, und daß diesfalls ein Uebermaß nicht stattfindet, ist durch die guten Schulzeugnisse nachgewiesen. Muß sonnach als feststehend angenommen werden, daß die Beklagte zur Erziehung ihres Kindes durchaus befähigt ist, daß sie ihre diesfälligen Pflichten bisher klaglos erfüllt und das Kind inzwischen gut erzogen hat, und beachtet man ferner, daß das Kind, ein Mädchen von zehn Jahren, auch fernerhin noch vorzugsweise mütterlicher Pflege und Fürsorge bedarf, so kann darüber ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, daß bei Belassung des Kindes bei der Beklagten für dessen Wohl gesorgt ist.

Auf der anderen Seite kommt in Betracht, daß das Kind an die Mutter, welche es seit seiner frühesten Kindheit ausschließlich erzogen hat, gewöhnt ist und, wie Schultheiß und Pfarrer bezeugen, mit kindlicher Liebe an ihr hängt, während es dem Kläger nach dessen eigenem Vorbringen in Folge seiner Trennung von der Beklagten durchaus fremd geblieben ist und die feindlichen Verhältnisse zwischen den Eltern dem Kinde sogar einen Widerwillen gegen den Beklagten eingepflanzt haben. Ein günstiger Erfolg der Erziehung wird aber wesentlich durch die Art des Verhältnisses zwischen Kind und Erzieher bedingt, und daß dieses in vorliegendem Falle sich günstig gestalten würde, wenn das Kind seiner leiblichen Mutter entrissen und unter die Erziehung einer ihr fremden Stiefmutter und des ihr fremd gebliebenen Vaters gestellt würde, läßt sich nicht annehmen, vielmehr stünde das Gegentheil in sicherer Aussicht, wie denn auch Pfarrer und Schultheiß zu D., und in ähnlicher Weise auch der Schulmeister R. daselbst, sich dahin ausgesprochen haben, daß es auf die moralische Entwickelung des Kindes und seine Charakterbildung unheilvoll wirken müßte, wenn es seiner Mutter genommen und dem Vater zugesprochen würde. Der von dem Kläger hervorgehobene Umstand, daß er eine größere Oekonomie besitze und das Kind bei ihm Gelegenheit habe, in die Oekonomie eingeführt zu werden, welche Gelegenheit bei der Beklagten nicht oder nur in geringerem Grade gegeben sei, kann bei dem noch sehr jugendlichem Alter des Kindes nicht in die Wagschaale fallen, abgesehen davon, daß dem Kinde eine bäuerliche Erziehung auch bei der Mutter gesichert ist.

**Entscheidung des Obertribunals vom 3. Oktober 1873 in der Berufungssache Hasenbrack c. B.tzler.**

29) Nothwendigkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung bei Veräußerungen von Vermögen minderjähriger Kinder durch den Vater.

Der Hausvater ist nach württembergischem Rechte nur

das dem minderjährigen Hauskinde eigenthümlich zugeschiedene, in des Hausvaters gesetzlicher Nutznießung stehende, Vermögen zu veräußern berechtigt [1], wogegen er in Absicht auf alle diejenigen Fälle, in denen ihm die gesetzliche Nutznießung nicht zukommt, nur als gesetzlicher Vormund seiner minderjährigen Kinder gilt und zur Veräußerung der obervormundschaftlichen Genehmigung gleich jedem andern Pfleger bedarf [2], ein Satz, der gleicher Weise auch auf Lehen- und Fideikommißgüter Anwendung findet, wie schon bei Vorbereitung des Gesetzentwurfes über das Hypothekenwesen der Exemten im Jahre 1841 vom Geheimenrathe und vom Obertribunal anerkannt wurde und auch aus der Praxis bestätigt ist [3].

Der Beklagte hätte daher, insofern es sich hier nicht um ein seinen Söhnen mit Eigenthum zugehöriges und in seiner gesetzlichen Nutznießung stehendes Gut handelte [4], als gesetzlicher Vormund seiner männlichen Deszendenz die nach Art. 48 der K. Verordnung vom 21. Mai 1825 und nach §. 209 der Hauptinstruktion zum Pfandgesetz bezüglich der Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Veräußerung er-

---

[1] Landrecht Thl. I, Tit. 16, §. 5; Hauptinstruktion zum Pfandgesetz §. 110, 111; Bolley, das Wichtigste von den Rechtsverhältnissen S. 413, lit. III, A, 1; Derselbe, Lehre von den öffentl. Unterpfändern §. 58; Berner-Schäfer, das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen S. 101.

[2] Hauptinstruktion zum Pfandgesetz §. 130, 131, §. 121, Abs. 2, vergl. §. 110, 112; Bolley, das Wichtigste S. 418 Note k; Derselbe, von den öffentlichen Unterpfändern §. 60, lit. 2, §. 58 Note h; Derselbe, Kommentar zum Pfandgesetz Bd. I, S. 128, 131, 132, 141; Lang, Personenrecht S. 406 u. Note 2, S. 410, 415–416, 420, 421, 484 Note 24, S. 493. Vergl. Reyscher, württ. Privatrecht §. 386 und Note 13.

[3] Vergl. Bolley, Entwurf über das Hypothekenwesen der Exemten von 1835 Art. 35, 67a; gedruckter Gesetzesentwurf des Geheimraths von 1841, Art. 11, 23, 24.

[4] Es handelte sich um die Abgabe des agnatischen Konsenses zur Veräußerung von einzelnen Theilen eines fürstlichen Fideikommißgutes seitens des Beklagten im Namen seiner männlichen Descendenz.

forderliche Prüfung und Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde einholen müssen.

**Entscheidung des Obertribunals vom 12. September 1871 in der Berufungssache Waldburg c. Waldburg.**

30) Ungiltigkeit der Cession von Aktivforderungen durch den Vormund bei mangelnder Genehmigung der Vormundschaftsbehörde.

Man kann sowohl die kontroverse Frage, ob nach gemeinem Rechte der Vormund Cessionen von Aktivforderungen ohne obrigkeitliches Dekret giltig vornehmen könne, als auch die Frage, welche Grundsätze in dieser Beziehung nach früherem württembergischen Rechte gegolten haben, dahin gestellt lassen, indem die gedachte Frage jedenfalls nach neuerem württembergischem Rechte auf den Grund des Art. 20 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843[1] zu

[1] Der Art. 20 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 hat die Aufschrift: „Konsensertheilung zu Vermögensveräußerungen Minderjähriger, sowie zu Verkäufen ohne Aufstreich" und lautet:

„Das Erkenntniß darüber, ob überhaupt die Veräußerung von unbeweglichem, oder bedeutenderem beweglichem Vermögen minderjähriger oder anderer unter Kuratel stehender Personen für diese nothwendig oder nützlich, ob mithin der Veräußerung statt zu geben sei, wird ausschließend den in erster Instanz zuständigen vormundschaftlichen Behörden zugewiesen. Ein besonderes gerichtliches Veräußerungserkenntniß (decretum judicis de alienando) ist daher nicht erforderlich."

„Die Ertheilung der Erlaubniß, Güter der Minderjährigen ohne Aufstreich zu veräußern, gehört gleichfalls zum Geschäftskreise der in erster Instanz zuständigen vormundschaftlichen Behörden."

„In beiden Fällen sind die Konsense bei Nichteximirten von den Gemeinderäthen zu ertheilen, ausgenommen, wenn die Veräußerung bei einer unter waisengerichtlicher Leitung vorgehender Erbschaftstheilung oder im Laufe derselben, sei es zwischen Miterben, oder zwischen den Erben und Dritten, geschieht, in welchem Falle die Bestätigung der waisengerichtlichen Deputation genügt."

„Bei der Veräußerung von Grundstücken an Dritte muß

verneinen ist. Denn wenn gleich dieser Artikel zunächst den Zweck hat, die Behörde zu bestimmen, welche für die Konsensertheilung zu Vermögensveräußerungen Minderjähriger zuständig sein soll, so ist doch mit der Bestimmung, daß das Erkenntniß über die Veräußerung von unbeweglichem oder bedeutenderem beweglichen Vermögen Minderjähriger von den in erster Instanz zuständigen vormundschaftlichen Behörden auszugehen habe, zugleich ausgesprochen,[1] daß ein obrigkeitliches Erkenntniß erforderlich sei, wenn unbewegliches oder bedeutenderes bewegliches Vermögen Minderjähriger veräußert werden will. Hieraus folgt sodann auch, daß die Giltigkeit solcher Veräußerungen durch den obrigkeitlichen Konsens bedingt ist, mithin Veräußerungen der gedachten Art, wenn sie ohne obrigkeitliches Dekret vorgenommen werden,als ungiltig angefochten werden können. Ebenso wenig aber kann ein Zweifel darüber entstehen, daß unter dem bedeutenderen beweglichen Vermögen, zu dessen Veräußerung nach dem angeführten Art. 20 die Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde erfordert wird, auch Forderungen begriffen sind. Es ist dies schon daraus zu folgern, daß zu dem beweglichen Vermögen im Allgemeinen auch Forderungen gerechnet werden, sowie aus dem Zwecke des Gesetzes, welcher bei Veräußerungen von Forderungen ebenso zutrifft, wie bei Veräußerungen von anderen Vermögenstheilen, indem der Zweck des Gesetzes kein anderer sein kann, als die Pfleglinge gegen nachtheilige Veräußernungen, insbesondere gegen Veruntreuungen der Pfleger zu sichern. Ganz unzweifelhaft aber ergibt sich jener Sinn des Gesetzes aus der Entstehungsgeschichte des Art. 20, welche zeigt, daß der Ausdruck „bedeutenderes bewegliches Vermögen“ dem in dem Gesetzesentwurfe enthalten gewesenen Ausdruck „be-

---

übrigens der Vertrag noch zur gerichtlichen Insinuation gebracht werden.“

deutende Fahrniß" gerade deßwegen substituirt wurde, weil auch Forderungen darunter begriffen werden wollten.

Nun ist zwar behauptet worden, der der fraglichen Gesetzesbestimmung zu Grunde liegende Beschluß der Kammer der Abgeordneten beziehe sich nach der hierüber stattgehabten Erörterung, welche zu dem Beschlusse Veranlassung gegeben, nur auf die Veräußerung illiquider oder inexigibler Forderungen, und in eben diesem Sinne sei auch das Gesetz selbst aufzufassen. Es ist jedoch einleuchtend, daß der eben schon erwähnte Zweck, welcher dem Verbote der Veräußerung von Mündelgut ohne obrigkeitliche Zustimmung zu Grunde liegt, die Sicherheit der Pflegbefohlenen gegenüber von einem untreuen Vormund, in dem Falle, wenn es sich von der Veräußerung liquider und exigibler Forderungen handelt, ebenso und in noch höherem Grade Platz greift, als bei der Veräußerung illiquider oder schwerer exigibler Forderungen und es kann hiernach kaum einem Zweifel unterliegen, daß bei der Kammerdebatte nur deßwegen der Veräußerung von Aktivposten Minderjähriger, die nicht ganz liquid oder exigibel seien und vielleicht unter dem Nominalwerth abgegeben werden, als eines häufig vorkommenden Falles Erwähnung geschah, weil gerade zur Veräußerung solcher Posten mehr Veranlassung gegeben ist, als zur Veräußerung liquider und sicherer Forderungen. Jeden Falls aber enthielt der Beschluß der Kammer der Abgeordneten keine Beschränkung auf Forderungen einer bestimmten Klasse, sondern ging allgemein dahin, statt „Veräußerung von Gütern oder bedeutender Fahrniß" zu setzen: „Veräußerung von Gütern oder bedeutendem anderen Vermögen", und ebenso spricht das Gesetz allgemein von unbeweglichem oder bedeutenderem beweglichem Vermögen Minderjähriger. Welcher Sinn also auch jener Debatte beizulegen sein mag, so ist bei den allgemein lautenden Worten des Gesetzes dieses auch allgemein zu verstehen, und zwar um so gewisser, als ein innerer Grund für die Beschränkung der fraglichen Vorschrift auf die Veräußerung

illiquider oder inexibler Forderungen überall nicht vorliegt.

Ungegründet ist die Behauptung, daß die in Frage stehende Bestimmung des Notariatsgesetzes jeden Falls durch ein in ganz Württemberg bestehendes Gewohnheitsrecht außer Uebung gesetzt, beziehungsweise gar nie zur Geltung gelangt sei. Denn es erkennt das württembergische Recht keine solchen Rechtsgewohnheiten als verbindlich, welche den Landesgesetzen zuwider laufen, und zwar bezieht sich dies nicht bloß auf solche Gewohnheiten, durch welche ein neuer positiver, der bestehenden gesetzlichen Regel entgegenstehender Rechtssatz eingeführt wird, sondern auch auf solche, durch welche ein bestehendes Gesetz abgeschafft wird.[2] Auch läßt sich nicht behaupten, daß hier dem Gewohnheitsrecht jeden Falles deßwegen verbindliche Kraft einzuräumen sei, weil es sich nicht von einem klaren und unzweifelhaften Gesetze handle. Denn eines Theils erklärt das württembergische Recht keineswegs bloß solche Gewohnheiten, welche einem klaren und unzweifelhaften Gesetze zuwiderlaufen, für ungiltig, sondern überhaupt jede einem Landesgesetz zuwider laufende Gewohnheit. Insbesondere schreibt das Generalreskript vom 28. September 1740 vor, daß wider das fürstliche Landrecht überhaupt keine widrige Praxis und Observanz per interpretationem doctrinalem oder usualem so schlechterdingen eingeführt werden möge; womit nicht gesagt ist, daß keine dem fürstlichen Landrecht direkt oder offenbar (schlechterdingen) zuwider laufende Praxis oder Observanz eingeführt werden solle, sondern daß eine dem Landrechte zuwiderlaufende Norm nicht so ohne Weiteres (so schlechterdingen) durch Praxis oder Observanz eingeführt werden könne. Andern Theils läßt sich die in Frage stehende Bestimmung des Notariatsgesetzes nach demjenigen, was

---

[2] Wächter, Handb. des württ. Privatrechts, Bd. II., S. 36 f.; insbesondere die in der Note 19 angeführte Stelle der Hofgerichtsordnung.

oben hierüber bemerkt worden, nicht für eine dunkle, einer verschiedenen Auslegung fähige erklären. Namentlich läßt sich diese Folgerung weder daraus ableiten, daß die im Jahre 1843 erschienene Instruktion für Pfleger des einzuholenden Konsenses der vormundschaftlichen Behörde bei Veräußerung von Forderungen Minderjähriger keine Erwähnung thut, indem hieraus noch nicht folgt, daß die Konsenseinholung in einem solchen Falle habe für unnöthig erklärt werden wollen, noch auch daraus, daß das K. Justizministerium sich im Jahre 1855 veranlaßt fand, eine die Vorschrift für Pfleger bezüglich der Veräußerung pflegschaftlicher Forderungen ergänzende Verfügung zu erlassen, indem hiedurch nur der Unbestimmtheit abgeholfen werden sollte, welche das Gesetz darüber hatte bestehen lassen, welche Forderungen als bedeutendere zu betrachten seien. Abgesehen aber hievon würde, auch wenn sich nachweisen ließe, daß bisher bei der Veräußerung von Forderungen Minderjähriger die Einholung des Konsenses der vormundschaftlichen Behörde unterlassen worden sei, hieraus nicht zu entnehmen sein, daß dies im Bewußtsein der Abweichung von einem bestehenden Gesetze und in der Absicht, nach einer bestimmten Rechtsnorm zu handeln, geschehen sei, wie solches zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtes erforderlich wäre. [8]

**Entscheidung des Obertribunals vom 14. April 1857 in der Appellationssache Renz c. Wünsch.**

31) Die Ehe eines Mitgliedes des hohen Adels mit einer Bürgerlichen ist eine Mißheirath.

Zur Successionsberechtigung in die Familiengüter des hohen Adels wird nach unbestrittenem deutschen Rechte Ebenbürtigkeit, d. h. eheliche Geburt des Succedirenden in ebenbürtiger Ehe verlangt und eine solche ebenbürtige Ehe ist mit einer Person bürgerlichen Standes nicht möglich, vielmehr entsteht aus einer solchen Verbindung die sog.

[8] Vergl. dieses Archiv Bd. IV, S. 283–286; Bd. VI, S. 11, 138–141; Bd. XI, S. 31–33; Bd. XII, S. 222, 223.

Mißheirath, durch welche die Ebenbürtigkeit der Ehe und der Nachkommen aus derselben ausgeschlossen ist.[1]

**Entscheidung des Obertribunals vom 12. September 1873 in der Berufungssache Waldburg c. Waldburg.**

In der Sache, in welcher vorstehende Entscheidung ergangen ist, hat eine der Parteien eine Entscheidung des K. bayerischen obersten Gerichtshofes in München vom 10. März 1871 über dieselbe Frage vorgelegt, und mögen die hiezu ergangenen Entscheidungsgründe, in welcher die Frage ausführlicher behandelt ist, hier eine Stelle finden.[2] Nachdem vorangeschickt ist, daß die bayerische Gesetzgebung die Rechte des hohen Adels in Deutschland und das damit verbundene Ebenbürtigkeitsverhältniß nicht weiter behandle und daher auf die Grundsätze des deutschen Privatfürstenrechtes zu rekurriren sei, wird fortgefahren:

In dieser Beziehung kommt nun zunächst in Betracht daß nach dem Zeugnisse der Geschichte sich nicht bezweifeln läßt, daß der hohe Adel in Deutschland in der Abstammung von ebenbürtigen Eltern von jeher das Hauptkriterium seines Standesvorzuges erblickt und deßhalb die Ehe mit Nichtstandesgenossen, insbesondere aber mit Personen bürgerlicher Abkunft allenthalben als Mißheirathen angesehen und denselben die volle rechtliche Giltigkeit in der Art versagt hat, daß sowohl die Gattin, als auch die in solchen Ehen erzeugten Kinder von der Theilnahme an dem Standesvorzuge des Gemahls und Vaters und dem Vollgenusse

---

[1] Wahlkapitulation Karl's VII. von 1742 Art. 22 §. 4; Reichsschluß vom 4. Sept. 1747. — Holzschuher, Theorie und Kasuistik, 3. Aufl., Bd. I. S. 533 f.; Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 292; Gerber, deutsches Privatrecht, 8. Aufl., §. 224, Note 7 und 8, S. 96 ff.; Kohler, Privatfürstenrecht S. 115, 121—132; Beseler, deutsches Privatrecht §. 171. Vergl. insbes. Göhrum, geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit.

[2] Vergl. auch Blätter für Rechtsanwendung in Bayern, Bd. XI., S. 267.

der Familienrechte, namentlich aber von der Succession in die Stamm- und Familiengüter ausgeschlossen bleiben.[3] Inwiefern diese Grundsätze innere Berechtigung haben, ist hier nicht zu untersuchen, es genügt, darauf hinzuweisen daß trotz der entgegenstehenden Bestimmungen des römischen Rechtes dieselben bei dem deutschen hohen Adel sich erhalten haben und im Laufe der Jahrhunderte ein Herkommen sich gebildet hat, welchem in den Reichsgesetzen Anerkennung und Bestätigung zu Theil wurde.

Schon in der Wahlkapitulation vom Jahre 1658 gab Kaiser Leopold I. die Zusage, zum Präjudize oder zur Schmälerung der altadeligen Häuser und ihrer Geschlechter keine Standeserhöhungen vorzunehmen und in der Wahlkapitulation von 1742 verpflichtete sich Kaiser Karl VII. im Artikel 22 §. 4 den aus unstreitig notorischen Mißheirathen erzeugten Kindern eines Reichsstandes oder eines aus solchem Hause entsprossenen Herrn zur Verkleinerung des Hauses weder die väterlichen Titel, Ehren und Würden beizulegen, noch weniger dieselben zum Nachtheil der wahren Erbfolger und ohne deren besondere Einwilligung für ebenbürtig und successionsfähig zu erklären, auch wo dergleichen vorhin bereits geschehen, solches für null und nichtig anzusehen.

Diese Zusicherung wurde in den späteren Wahlkapitulationen stets erneuert.[4] Die Wahlkapitulationen enthalten zwar keine Bestimmung darüber, was unter unstreitig notorischer Mißheirath zu verstehen sei; allein, wenn man erwägt, daß die Aufnahme des §. 4 in den Art. 22 der Wahlkapitulation durch die Reichsstände veranlaßt wurde und der hohe Adel das unterscheidende Merkmal seines Standesvorzuges hauptsächlich in der Abstammung aus ebenbürtiger Ehe erkennen zu müssen glaubte und demzufolge sogar Ehen mit Damen aus dem niederen Adel als

[3] **Eichhorn**, deutsches Privatrecht §. 292; **Gerber**, deutsches Privatrecht §. 224; **Danz**, deutsches Privatrecht §. 576, 577.

[4] **Emminghaus**, corpus juris germanici P. II, p. 554; Sammlung der deutschen Reichsschlüsse Bd. IV. Zugabe S. 27.

Mißheirathen anzusehen pflegte, so kann kein Bedenken obwalten, daß die Wahlkapitulation, wenn sie von notorischen Mißheirathen spricht, zunächst und vor allem diejenigen Ehen im Auge hat, welche mit nichtadeligen Frauenspersonen geschlossen worden, indem hier die adelige Geburt der Gattin und damit die Grundbedingung zur Annahme einer standesmäßigen Ehe fehlt, dieser Umstand aber genügt, um die Mißheirath als eine offenkundige erscheinen zu lassen.

Diese Auffassung hat auch in dem Reichsschlusse vom 4. September 1747 Ausdruck gefunden. Derselbe ist zwar zunächst aus Veranlassung der Ehe des Herzogs Anton Ulrich von Sachsen-Meiningen, welcher sich mit einer nichtadeligen Hauptmannstochter vermählt hatte, ergangen, gleichwohl kann demselben die Bedeutung einer authentischen Interpretation nicht abgesprochen werden, weil es sich damals zugleich um die Feststellung eines Prinzipes handelte und die Reichsstände, welche bei Erlassung der Wahlkapitulation mitgewirkt hatten, in ihrem Gutachten vom 24. Juli 1747 die Ueberzeugung einhellig dahin kund gaben, daß auf Grund der angeführten Bestimmung der Wahlkapitulation die Ehe eines Reichsstandes mit einer Frauensperson bürgerlicher Abkunft als unstreitig notorische Mißheirath zu gelten habe.[5] Nachdem dieses Reichsgutachten vom 4. Sept. 1747 die kaiserliche Sanktion erlangt hat, darf es als eine im Privatfürstenrechte festgestellte Rechtsregel betrachtet werden, daß, wenn ein deutscher Fürst eine Frauensperson aus dem Bürgerstande zur Ehe nimmt, eine unstreitig notorische Mißheirath vorliege.

In diesem Sinne spricht sich die Mehrzahl der älteren und neueren Rechtslehrer aus.[6]

---

[5] Danz, deutsches Privatrecht Bd. VI, S. 240.

[6] Moser, Familienstaatsrecht der deutschen Reichsstände Thl. II., §. 55; Pütter über Mißheirathen deutscher Fürsten und Grafen S. 321 ff.; Danz, deutsches Privatrecht Bd. VI, §. 578; Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 292 Note gg; Gerber, deutsches Privatrecht §. 224; Kohler, deutsches Privatfürstenrecht §. 40; Zachariä, deutsches Staatsrecht Bd. I., §. 68; Weiske, Rechts-

Es erübrigt daher nur noch darauf hinzuweisen, daß da, wo positive Rechtsnormen in Mitte liegen, denjenigen Erwägungen, welche aus der veränderten sozialen Stellung der vormaligen Reichsstände abgeleitet und aus den modernen Anschauungen der Gegenwart über Standesvorzüge des hohen Adels geschöpft werden wollen, kein entscheidender Einfluß beigemessen werden kann.

32) Cession einer Erbschaftsforderung vor dem Anfall der Erbschaft und nachherige Ausschlagung der angefallenen Erbschaft durch den Cedenten.

Am 1. August 1859 kam vor dem Gerichtsnotar zu L. und drei Waisenrichtern zwischen der Wittwe Baur einerseits und deren Sohn Oswald Baur und Ludwig Dilger, einem Sohn ihrer vorverstorbenen Tochter, andererseits eine als Vermögensübergabe der Ersteren an ihre Kinder bezeichnete Vereinbarung zu Stande, in welcher als Grund der Vermögensübergabe das hohe Alter der Mutter und die Verheirathung des Sohnes Oswald bezeichnet, auch bemerkt wurde, daß die Kinder die Erbschaft unbedingt antreten. Die gesammte vorhandene Liegenschaft und die der Wittwe Baur entbehrliche Fahrniß wurden dem Sohne Oswald um den Anschlag von 3000 fl. zugewiesen, wovon sich die Mutter 1000 fl. vorbehielt, während der Enkelsohn Ludwig Dilger neben dem seiner Mutter bei ihrer Verheirathung ausgefolgten Heirathgut, nach dem Tode der Wittwe Baur noch die Summe von 1000 fl. erhalten und damit um seine Erbansprüche abgefertigt sein sollte, die weiteren Vermögensstücke aber nach dem Tode der Wittwe Baur dem Sohne Oswald zufallen sollten, übrigens unter Vorbehalt des Rechtes der Wittwe Baur, die getroffenen

---

**lexikon** sub voce **„Mißheirath" Bd. VII, S. 222; Bluntschli und Brater, deutsches Staatswörterbuch Bd. III S. 187 ff; Holzschuher, Kasuistik Bd. I, S. 532.**

Bestimmungen durch eine letztwillige Verfügung nach Gutdünken zu ändern.

Am 15. Februar 1870 stellte Ludwig Dilger eine Urkunde aus, wonach er von dem laut der Vermögensübergabe von seiner Großmutter nach deren Tode ihm anfallenden 1000 fl. den Betrag von 600 fl. an J. G. Sax cedirte.

Am 20. August 1872 starb die Wittwe Baur. Ludwig Dilger erklärte hierauf, daß er für sich die Erbschaft nicht antrete, dagegen trat er solche für seine Kinder als deren gesetzlicher Pfleger an. In Folge dieser Erklärung wurden die 1000 fl. den Ludwig Dilger'schen Kindern zugewiesen. Nun erhob aber J. G. Sax Anspruch auf den Betrag von 600 fl. auf Grund der an ihn erfolgten Cession und klagte, da dieser Anspruch seitens der Pflegschaft der Dilger'schen Kinder nicht anerkannt wurde, gegen diese auf Anerkennung desselben. Die Klage wurde als ungegründet abgewiesen und wurde in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen hierüber ausgeführt:

Durch die Vermögensübergabe der Wittwe Baur hat ihr Enkel Ludwig Dilger kein obligatorisches Recht auf Ausbezahlung der Abfindungssumme von 1000 fl. erworben. Nach Inhalt derselben erhielt der Sohn Oswald Baur die vorhandene Liegenschaft sammt Fahrniß sofort ausgefolgt und wurde unter Aufrechnung der Heirathsgüter als Vorempfänge in Beziehung auf den dereinstigen Nachlaß der Baur weiter bestimmt, daß Dilger nach dem Tode der Baur die Summe von 1000 fl. erhalten und hiedurch mit allen seinen Erbschaftsansprüchen, vorbehältlich übrigens des Rechtes der Baur, im Wege letztwilliger Verfügung Abänderungen zu treffen, abgefertigt werde, die weiteren Vermögenstheile aber ohne Ausnahme dem Sohne Oswald Baur verbleiben sollen. Hieraus ergibt sich, daß bei der Vermögensübergabe das Vermögen der Baur als Ganzes, wie sich solches zur Todeszeit derselben gestalten würde, in's Auge gefaßt und hierüber disponirt wurde,

und daß es sich auch bei Ludwig Dilger nicht um einen Erbverzicht gegen eine ihm sofort zu entrichtende Summe handelte, daß vielmehr in den ihn betreffenden Bestimmungen seine Erbberechtigung anerkannt und nur ein entsprechender Betrag zum Voraus in einer bestimmten Summe festgestellt wurde. Hiernach kann von der Anwendung des Begriffes einer Realtheilung auf die in Frage stehende Vermögensübergabe überall nicht die Rede sein, vielmehr kann es sich nur fragen, ob die Vermögensübergabe als ein mit einer Gutsübergabe verbundener Erbvertrag oder aber als eine, eine antizipirte Erbtheilung enthaltende Vermögenstheilung zwischen Aszendenten und Deszendenten aufzufassen ist.

Es kann dahin gestellt bleiben, welches dieser beiden Rechtsgeschäfte beabsichtigt gewesen ist, denn bei beiden ist die Antretung der Erbschaft eine wesentliche Voraussetzung für den Erwerb eines Rechtes auf die in der Erbschaft befindlichen Vermögensobjekte. Beim Erbvertrag erhält der Vertragserbe, welcher durch den Vertrag in unwiderruflicher Weise zum Erbberechtigten gemacht wird, die Befugniß, die Erbschaft im Delationsfall anzutreten, keineswegs wird er aber durch seine Zustimmung zum Vertrage zu ihrem Antritt verpflichtet[1]. Ebenso wird aber bei einer Theilung des Nachlasses des Aszendenten unter die Kinder die Intestaterbfolge vorausgesetzt. Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so tritt diese Voraussetzung nicht ein und wird daher die Erbschaft auch nicht erworben[2].

Da nun Dilger nach dem Tode der Baur bei der Delation der Erbschaft erklärt hat, daß er dieselbe für sich

---

[1] **Gerber**, deutsches Privatrecht, 10. Aufl., §. 257 ff.; **Mittermaier**, deutsches Privatrecht, 6. Aufl., Bd. II, S. 513, Note 41; **Beseler**, deutsches Privatrecht Bd. II, S. 532, 2 Aufl., S. 665, Note 10, S. 666, V; **Derselbe**, Erbvertrag Bd. II, S. 272; **Kübel**, württ. Erbrecht, 3. Aufl., S. 59 und 62, Note 1.

[2] **Holzschuher**, Theorie und Kasuistik, 2. Aufl., Bd. II, S. 660; **Sintenis**, Civilrecht, 3. Aufl., Bd. III, S. 376, 377; **Weishaar**, württ. Privatrecht, 3. Aufl., Bd. II, §. 812.

nicht annehme, so hat er hiemit auf seine Erbberechtigung verzichtet und folgerecht auch einen Anspruch auf den Nachlaß der Wittwe Baur nicht erworben. Nicht entgegensteht, daß schon bei der Vermögensübergabe von dessen damaligem Vertreter erklärt wurde, daß die Erbschaft angetreten werde, da diese Erklärung vor der Delation der Erbschaft nicht mit rechtlicher Wirksamkeit abgegeben werden konnte [3].

Hat aber Dilger sonach einen Anspruch an den Nachlaß der Wittwe Baur nicht erworben, so gilt dasselbe auch von seinem Cessionar. Die Cession eines Theiles seiner Erbschaftsforderung war kein rechtliches Hinderniß für ihn, die Erbschaft auszuschlagen. Da nämlich die Erbberechtigung als die Befugniß, den Erblasser zu repräsentiren, etwas Unveräußerliches ist, so blieb Dilger ungeachtet der Cession Erbe und verblieb ihm daher auch die Befugniß, die Erbschaft mit rechtlicher Wirksamkeit für den Cessionar, welcher eine Erbschaftsforderung nur unter der Voraussetzung des Anfalls und Antritts der Erbschaft abgetreten erhalten konnte, auszuschlagen [4].

### 33) Auslegung einer letzten Willensverordnung nach ihrem Sinne.

In einem Testament hatte der Testator „mit Uebergehung der in einem entfernteren Verwandtschaftsgrade stehenden Verwandten mütterlicher Seits, die hienach genannten Verwandten von väterlicher Seite, nämlich die Enkel, beziehungsweise Kinder der vollbürtigen Geschwister seines Vaters" zu Erben eingesetzt. „Da mir aber," fährt das Testament fort, „deren Namen nicht alle bekannt sind, so bezeichne ich nur die Stämme, wie folgt:" Unter den hienach bezeichneten Stämmen war Ein Stamm nicht bezeichnet, es wurde aber geltend gemacht, daß dieß nur auf einem Versehen beruhe und der Testator den nicht bezeich-

[3] **Windscheid**, Pand., 2. Aufl., Bd. III, §. 597.

[4] **Mühlenbruch**, Cession, 3. Aufl. S. 288.

neten Stamm von seiner Erbschaft nicht auszuschließen, sondern die betreffenden Verwandten väterlicher Seits, zwei Geschwisterenkel, gleich den übrigen Verwandten zu Erben habe berufen wollen, was aus dem übrigen Inhalt des Testamentes unzweideutig erhelle. Das Obertribunal schloß sich dieser Ansicht an. In den Entscheidungsgründen wurde zunächst ausgeführt, daß der ganze Inhalt des Testamentes dagegen spreche, daß der Testator den fraglichen Stamm von seiner Erbschaft habe ausschließen wollen, es sei vielmehr, was näher dargelegt wurde, augenscheinlich, daß er beabsichtigt habe, alle Enkel, bezw. Kinder der Geschwister seines Vaters, soweit er nicht bezüglich der in Amerika befindlichen und mit unbekannten Aufenthaltsorte Abwesenden eine ausdrückliche Ausnahme gemacht, zu Erben einzusetzen. Diese wirkliche Willensmeinung des Testators, also die von ihm hienach beabsichtigte Erbeseinsetzung der fraglichen zwei Geschwisterenkel habe denn auch im Testamente selbst einen zwar nicht präzisen Ausdruck gefunden, dessen Mangelhaftigkeit sich jedoch durch Interpretation beseitigen lasse. Wenn der Testator sage: „ich berufe die hienach genannten Verwandten, nämlich die Enkel, beziehungsweise Kinder der Geschwister meines Vaters", so liege die dispositive Bedeutung dieses Satzes darin, daß er „die Geschwisterenkel, beziehungsweise Geschwisterkinder von väterlicher Seite" zu Erben einsetze, während die besondere Namhaftmachung der darunter fallenden einzelnen Personen nicht wesentlich sei und darum nur einen demonstrativen Zweck haben könne. Unter der Kollektivbezeichnung die Geschwisterenkel, die Geschwisterkinder seien der Regel nach alle Enkel und Kinder dieser Kategorien zu verstehen. Indem der Testator, worauf verschiedene näher bezeichnete Umstände hinweisen, von der Ansicht ausgegangen, daß die von ihm bezeichneten 17 Stämme seine sämmtlichen väterlichen Verwandten im 5. und 4. Grade umfassen, habe er daher, ohne mit sich in Widerspruch zu gerathen, im Eingang des Testamentes sagen können, er berufe die „hienach

genannten" Seitenverwandten, und wenn hienach den Worten nach nicht alle Geschwisterenkel aufgezählt seien, welche nach der Intention des Testirenden und der vorangegangenen allgemeinen Bezeichnung hätten besonders namhaft gemacht werden müssen, sei dieß eine Ungenauigkeit, die in der großen Zahl der Verwandten, der mangelnden Bekanntschaft des Testators mit denselben u. s. w. ihre Erklärung finde. Es sei daher durch das fragliche Versehen die Annahme nicht gehindert, daß das Testament alle Geschwisterenkel des Testators von väterlicher Seite, soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden, also auch die beiden in Frage stehenden Geschwisterenkel zu Erben berufen wolle und berufen habe.

Indem man, fahren die Entscheidungsgründe fort, den Worten des Testamentes diese mit der sonst erkennbaren Absicht des Testators übereinstimmende Deutung gibt, geht man über die Grenzen der erlaubten Testamentsauslegung keineswegs hinaus. Daß gerade bei letztwilligen Verfügungen der Interpretation besonders freie Hand gewährt sein soll, ist in den Gesetzen vielfach ausgesprochen und von Theorie und Praxis allgemein anerkannt [1]. Allerdings kann es dem Richter nicht zustehen, eine testamentarische Willensmeinung zu ergänzen, beziehungsweise Etwas zu suppliren, was im Testamente gar nicht ausgesprochen ist. Allein dazu ist er befugt, den wirklich erklärten Willen, wofern er nach den Worten einen völlig klaren und unzweifelhaften Ausdruck nicht gefunden hat, im Wege der Interpretation zu erforschen und richtig zu stellen [2]. Nur um Letzteres handelt es sich, wenn auf Grund des vorstehend Entwickelten ausgesprochen wird, der Testator habe die Absicht gehabt, auch die fraglichen zwei Geschwister-

---

[1] l. 12 D. de reg jur. (50, 17); l. 24 D. de rebus dubiis (34, 5); Landrecht Thl. III, Tit. 11, §. 2; **Sintenis**, Civilrecht §. 171 Ziff. b; **Windscheid**, Pandektenrecht Bd. III, §. 546; **Seuffert**, Archiv Bd. IV, Nro. 168; Bd. VII, Nro. 67.

[2] **Seuffert**, Archiv Bd. III, Nro. 181.

enkel als seine Erben zu berufen und für diese Absicht ist in dem Testamente, falls es richtig ausgelegt wird, ein hinreichend bestimmter Ausdruck gegeben.

**Entscheidung des Obertribunals vom 11. Oktober 1873 in der Berufungssache Hahl und Gen. c. Fritz'sche Erben.**

## 34) Schenkung von Todes wegen.

Unter dem 17. März 1871 erkauften die Brüder Friedrich und Heinrich Au von den Kuhbach'schen Eheleuten deren in Gebäuden und Gärten bestehende Liegenschaft um 2800 fl. In dem Kaufvertrage ist gesagt, daß Friedrich und Heinrich Au die erkauften Gebäude und Gärten unvermessen in Gemeinschaft mit einander besitzen wollen, mit der Bestimmung, daß auf den Tod des ledigen Heinrich Au dessen Antheil dem Friedrich Au oder dessen Kindern unentgeltlich zufallen solle. Der Kauf wurde vollzogen und das Haus von beiden Käufern gemeinschaftlich bezogen. Bald brachen jedoch Streitigkeiten unter denselben aus und in Folge dessen beabsichtigte Heinrich Au seinen Antheil an der erkauften Liegenschaft zu veräußern, wogegen Friedrich Au unter Berufung auf die vorerwähnte Vertragsbestimmung Einsprache erhob. Heinrich Au erhob daher Klage gegen Letzteren auf Anerkennung seines Rechtes, über seinen Antheil an der erkauften Liegenschaft unter Lebenden und von Todes wegen frei zu verfügen, indem er geltend machte, daß die von dem Beklagten geltend gemachte Vertragsbestimmung nur als eine **donatio mortis causa** angesehen werden könne, als solche aber theils wegen Nichteinhaltung der landrechtlichen Form, theils weil die Schenkung jedenfalls widerrufen worden, hinfällig sei. Das Obertribunal trat dieser Anschauung bei und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe zu dem oberstrichterlichen Urtheil:

Aus der Bestimmung, daß auf den Tod des Klägers dessen Antheil dem Beklagten oder dessen Kindern unentgeltlich zufallen solle, ist zunächst zu entnehmen, daß be-

züglich des fraglichen Liegenschaftsantheils eine unentgeltliche Zuwendung aus dem Vermögen des Einen in dasjenige des Andern, also eine Schenkung vorgenommen werden wollte," und kann es sich weiterhin nur darum fragen, welcher Art diese Schenkung war, ob sie als Schenkung unter Lebenden, oder, da sie ausdrücklich mit dem Tode des Schenkgebers in Verbindung gebracht ist, als Schenkung von Todes wegen beabsichtigt war.

Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal dieser beiden Schenkungsarten ist die Unwiderruflichkeit der ersteren und die Widerruflichkeit der letzteren Schenkung [1]. Deshalb ist, wo die Verhältnisse des konkreten Falles nicht jeden Zweifel dadurch ausschließen, daß schon der Wortlaut die eine oder andere Gattung von Schenkungen unzweifelhaft ergibt, vor Allem darauf zu sehen, welche Willensmeinung in Betreff der Widerruflichkeit ausgedrückt ist, ob die Absicht der Kontrahenten dahin ging, dem Schenkgeber bis zu seinem Tode den freien Widerruf der Disposition einzuräumen, oder ob beabsichtigt war, daß der Schenker an seinen Willensakt gebunden bleiben und nur etwa die Vollziehung desselben bis zu seinem Tode verschoben bleiben solle. Allerdings ist im Zweifel eine Schenkung unter Lebenden zu unterstellen [2]; allein wo die Schenkung ausdrücklich mit dem Tode des Schenkers in Verbindung gesetzt und als eine widerrufliche gemacht war, kann nur die Annahme einer Schenkung von Todes wegen gerechtfertigt sein [3].

Ein derartiger Fall ist durch die oben erwähnte Vertragsbestimmung gegeben. Die Worte derselben, daß auf den Tod des Schenkers dessen Eigenthum den Be-

---

[1] l. 1 pr., l. 27, l. 35 §. 2 D. de mortis causa don. (39, 6); **Bolley**, Vermischte Aufsätze S. 78; **Seuffert**, Archiv Bd. XVIII, S. 56.

[2] Siehe **Holzschuher**, Kasuistik, 2. Ausgabe, Bd. III, S. 397.

[3] **Holzschuher**, a. a. O. S. 396; **Bolley**, a. a. O. S. 61; **Seuffert**, Archiv a. a. O.

schenkten zufallen solle, stellen die gewöhnliche Form dar, in welcher Schenkungen von Todes wegen gemacht werden [1]. Daß der Vergebende mortis causa und nicht inter vivos schenken wollte, ergibt sich ferner aus den Worten, daß sein Antheil dem Friedrich Au „oder dessen Kindern" zufallen solle. Denn hätte der Kläger eine sofort in ihre volle Rechtskraft eintretende Schenkung unter Lebenden beabsichtigt, so hätte er die Person des eigentlich Beschenkten nicht auf solche Weise im Ungewissen gelassen und zu dem wäre in diesem Falle der fragliche Beisatz insofern überflüssig, als der zum Geschenk erhaltene Gegenstand ganz von selbst auf die Rechtsnachfolger übergeht. Dazu kommt noch folgende Erwägung. Der in Rede stehende Passus der Kaufsurkunde, der am Schlusse die streitige Schenkung enthält, gibt in seinem ersten Theile die Erklärung der Käufer wieder, daß sie die erkaufte Liegenschaft in Gemeinschaft unvermessen mit einander benützen wollen. Das durch diese Erklärung beabsichtigte und geschaffene Rechtsverhältniß war eine ungetheilte Gemeinschaft des erkauften Objektes, eine communio rei auf unbestimmte Zeit. Nach bekannten Rechtsgrundsätzen steht dem Theilhaber einer Gemeinschaft jeder Zeit das Recht zu, die Theilung, beziehungsweise die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen; nur wenn letztere auf eine gewisse Zeit oder zu besonderem Zwecke eingegangen wurde, ist der Rücktritt von derselben erst nach Ablauf der Zeit oder nach Erreichung des Zweckes gestattet. Die von den Parteien eingegangene Kommunion hatte jedoch eine derartige Beschränkung nicht; folglich steht auch dem Kläger wie dem Beklagten das Recht zu, jederzeit von derselben zurück zu treten.

Mit dem Vertragspunkte nun, der dieses frei widerrufliche Rechtsverhältniß einführt, steht in allernächstem

---

[1] §. 1 Inst. de don. (2, 7); Seuffert, Pand. §. 647; Bolley, a. a. O. S. 61.

Zusammenhang diejenige Bestimmung, welche auf die streitige Schenkung sich bezieht. Man kann aus dem Wortlaut der Kaufsurkunde nicht folgen, daß die Kommunion eingegangen worden ist unter der formellen Bedingung, daß die Schenkung gemacht würde oder umgekehrt. Allein man ist als muthmaßliche Absicht der Kontrahenten zu unterstellen berechtigt, daß der Kläger seine Schenkung wesentlich im Hinblick auf den Fortbestand der Gemeinschaft, aus welcher er mehrfache Vortheile zu erwarten hatte, gemacht hat, und daß er deshalb, weil er eine von beiden Seiten frei widerrufliche Gemeinschaft einging, auch bezüglich seiner Schenkung nicht unwiderruflich sich hat binden wollen .....

Allem nach ist daher die den Liegenschaftsantheil des Klägers betreffende Vertragsbestimmung als eine Schenkung von Todes wegen, eine bis zu seinem Tode widerrufliche Schenkung anzusehen, welche, da der Widerruf von klägerischer Seite bereits erklärt ist, kein rechtliches Hinderniß mehr ist, welches dem Verfügungs- und Veräußerungsrechte des Klägers bezüglich seines Eigenthums entgegenstünde.

**Entscheidung des Obertribunals vom 28. Mai 1874 in der Berufungssache Au c. Au.**

## Handelsrecht.

35) Anschaffung von Baumaterialien zu Spekulationsbauten kein Handelsgeschäft.

Ein Werkmeister und Bauunternehmer hatte einen Lieferungskauf über eine größere Quantität Ziegelwaaren abgeschlossen, welche er zu den von ihm auszuführenden Spekulationsbauten verwendete. In Folge von Differenzen erhob der Verkäufer Klage auf Bezahlung eines Kaufschillingsrestes für die gelieferte Waare gegen den Käufer bei dem Handelsgericht. Von der Civilkammer des Obertribunals wurde jedoch die handelsgerichtliche Zuständig-

keit verneint, da das der Klage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, die Anschaffung von Baumaterialien zur Ausführung von Bauten an sich ein Handelsgeschäft (Art. 271—276 des allg. deutschen Handelsgesetzbuches) nicht sei,[1] auch nicht behauptet worden sei, daß der beklagte Kaufmann im Sinne des Art. 4 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches sei (Art. 1 des Ges. v. 4. Juli 1871, betr. die Errichtung eines Landesoberhandelsgerichtes).

**Entscheidung des Obertribunals vom 4./15. April 1874 in der Berufungssache Schittenhelm c. Stuttgarter Baugeschäft.**

### 36) Stellgeschäft; Voraussetzung der Schadenersatzforderung des Verkäufers wegen Nichtbeziehung durch den Käufer.

Am 23. Dezember 1869 schloß der Kaufmann Joseph Garnier in Stuttgart mit dem Handlungshause Arnold und Gutmann daselbst ein Stellgeschäft über D. 5000 6%ige 1882er amerikanische Staatspapiere auf ultimo Juli 1870 mit 6% Spannung bei Mitte 91½ ab, wonach Garnier je nach Ausfall der Erklärung von Arnold und Gutmann am ultimo Juli 1870 in Frankfurt a. M. diese Papiere entweder zu 94½% an dieselben zu liefern oder zu 88½% von denselben zu beziehen hatte. Ferner haben Arnold und Gutmann am 16. Juni 1870 durch Vermittlung des Sensals Ferdinand Garnier an Joseph Garnier D. 5000 6%ige amerikanische Staatspapiere zum Kurse von 96½ lieferbar ultimo Juli 1870 in Frankfurt a. M. verkauft.

[1] **Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I, S. 514 f.; Hahn, Kommentar Bd. II, S. 45; Puchelt, Kommentar S. 492 Schlußbem. zu Anm. 7 u. S. 522 Z. 4; Anschütz, Kommentar S. 11 Z. IV, 1 u. S. 12, S. 56 Z. 3; Busch, Archiv Bd. I, S. 95, 96; Bd. V, S. 343 ff., 346, Bd. XV, S. 400, Bd. XXII, S. 47, 48; Centralorgan Bd. I, S. 513; Goldschmidt, Zeitschrift Bd. VIII. S. 633. — Die entgegengesetzte Ansicht ist in Entscheidungen des Handelsgerichtes in Düsseldorf und des rhein. Appellationsgerichtes in Köln vertreten, vgl. Busch, Archiv Bd. II, S. 151, 152, Bd. IX, S. 134; Goldschmidt, Zeitschrift Bd. VII, S. 498, 499, Bd. XI, S. 120, 121.**

Schon vor dem ultimo Juli waren die Kurse bedeutend gesunken und es hatten sich deßhalb Arnold und Gutmann in Betreff des Stellgeschäftes für den Bezug durch Garnier entschieden. Dieser übergab denselben laut einer Urkunde vom 26. Juli 1870 verschiedene Werthpapiere „als Depot für die von ihm zu übernehmenden D. 10,000 6%ige 82er Unit. St. Bonds". Am 29. Juli 1870 schrieben Arnold und Gutmann an Garnier, indem sie ihm eine Rechnung über die ihnen zu gut kommende Differenz übermachten, ihrem Frankfurter Hause Kahn u. Cie. sei es nicht gelungen, die pro ultimo (der auf den 28. Juli fiel), von ihm abzunehmenden 10,000 D. zu prolongiren, so daß gestern zu deren Verkaufe zum Kurse von 78 habe geschritten werden müssen. Garnier erwiderte, daß er den Verkauf als für seine Rechnung geschehen nicht anerkenne und gegen die angedrohte Veräußerung seines Depots sich verwahre. Arnold und Gutmann erhoben daher bei dem Kreisgerichte Klage gegen Garnier auf Ersatz der Differenz zwischen den für den Bezug mit ihm vereinbarten Kursen und dem nach ihrer Behauptung bei dem Verkaufe der zu bezeichnenden Papiere erzielten Preise im Gesammtbetrag von 3650 fl.

Zu Begründung des bestrittenen Kausalzusammenhanges zwischen dem am 28. Juli 1870 seiten ihres Frankfurter Hauses Kahn u. Cie. vorgenommenen Verkaufe von D. 10,000 6% 82er Amerikaner zum Kurse von 78 und dem Nichtbezuge der von dem Beklagten bei diesem Hause am 28. Juli 1870 zu beziehenden D. 10,000 gleicher Papiere wurde von den Klägern geltend gemacht: Die Kläger selbst haben zwei Tage vor dem mit dem Beklagten abgeschlossenen Stellgeschäft — am 21. Dezember 1869 — ihrerseits ein Stellgeschäft mit Kahn u. Cie. über D. 10,000 82er Amerikaner pro ultimo Juli Mitte $91^3/_8$ mit 7% Spannung abgeschlossen. Sie haben ferner mit Bezug auf das mit dem Beklagten am 16. Juni 1870 abgeschlossene Geschäft am 8. Juli 1870 von Kahn u. Cie.

D. 5000 82er Amerikaner à $95^9/_{16}$ pro medio Juli gekauft, die pro ultimo prolongirt worden seien. Diese Papiere seien für den Beklagten bestimmt gewesen, ohne daß übrigens behauptet werden wolle, daß Kahn und Cie. hierüber Nachricht gegeben worden sei, was auch im Geschäftsverkehre nicht üblich sei. Da nun der Beklagte schon einige Tage vor dem 28. Juli den Klägern habe eröffnen lassen, daß er die D. 10,000 in Frankfurt nicht beziehen könne und eine Prolongation seiten Kahn u. Cie. nicht erfolgt sei, so seien die gedachten Papiere mit anderen von Kahn u. Cie. am 28. Juli für Rechnung der Kläger verkauft und diese mit der Differenz zwischen dem von ihnen mit Kahn u. Cie. vereinbarten und dem bei dem Verkaufe erzielten Erlöse belastet worden. Da die Papiere hienach gemäß Art. 357 des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches haben verkauft werden müssen und dies geschehen sei, weil Beklagter, der dieselben zu beziehen verpflichtet gewesen, dieselben nicht bezogen habe, so sei derselbe den Klägern den ihnen hiedurch zugegangenen Schaden zu ersetzen verbunden, der in der geforderten Differenz bestehe.

Die Klage wurde abgewiesen und diese Abweisung in oberster Instanz folgendermaßen begründet:

In dem Art. 357 des a. d. Handelsgesetzbuches sind dem Verkäufer ausdrücklich nur drei Arten der Verfolgung und Geltendmachung seiner Rechte gegen den säumigen Käufer eingeräumt, unter denen er die Wahl hat. Er kann entweder Erfüllung des Vertrages und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder vom Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, oder endlich statt der Erfüllung die Waare für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadenersatz verlangen. Eine Berechtigung des Verkäufers, im Falle des Verzuges des Käufers nach dem Stichtage ohne Weiteres die Differenzsumme zu fordern und einzuklagen, kennt das a. d. Handelsgesetzbuch nicht. Im gegenwärtigen Falle begründen nun die Kläger ihre Schadensforderung in der Weise, daß

sie behaupten, die Papiere, welche sie am ult. Juli 1870 von Kahn u. Cie. in Frankfurt a. M. auf Grund der von ihnen mit denselben abgeschlossenen Geschäfte hätten beziehen sollen, haben sie in Folge davon, daß Beklagter, für den sie die Papiere ihrer Seits bestimmt gehabt, sie nicht bezogen habe, nicht beziehen können, demzufolge haben diese Papiere von Kahn u. Cie. für ihre, der Kläger, Rechnung am ultimo Juli 1870 zum Kurs von 78 % in Gemäßheit des Art. 357 des a. d. H.=G.=B. verkauft werden müssen, und habe daher Beklagter den den Klägern durch seinen Nichtbezug zugegangenen, in der Differenz zwischen den mit ihm vereinbarten und den bei dem gedachten Kaufe erzielten Preisen bestehenden Schaden zu ersetzen. Ein so fundirter Anspruch findet seine rechtliche Begründung in der erwähnten Gesetzesbestimmung nicht.

Wenn die Kläger auf Grund derselben statt der Erfüllung Schadenersatz verlangen wollen, so ist die erste Voraussetzung einer solchen Forderung, daß die von dem Beklagten zu beziehenden Papiere von ihnen oder in ihrem Auftrage für Rechnung des Letzteren verkauft worden. Um unter den Verhältnissen des vorliegenden Falles einen solchen Verkauf für Rechnung des Beklagten unterstellen zu können, genügt aber weder, daß die Kläger, wie sie behaupten, dem Beklagten Kahn u. Cie. in Frankfurt a. M. als Bezugsadresse genannt haben, noch die weitere gar keine äußerlich wahrnehmbare Thatsache in sich schließende Behauptung, daß sie die von ihnen zu beziehenden Papiere für den Beklagten bestimmt gehabt haben, sondern es hätte mindestens behauptet werden müssen, daß dem Hause Kahn u. Cie. von den mit dem Beklagten abgeschlossenen Geschäften, auf Grund deren dieser an Stelle der Kläger die Papiere zu beziehen hatte, von den Letzteren Mittheilung gemacht worden sei, während anerkanntermaßen Kahn u. Cie. hievon nicht die mindeste Kenntniß hatten und deßhalb ein auch nur in indirekter Weise für Rechnung des Beklagten vorgenommener Verkauf gar nicht denkbar ist. Schon

hienach kann von einem auf den Grund des Art. 357 des a. d. H.-G.-B. gegründeten Anspruch keine Rede sein.

Es fehlt aber daneben in der That an jedem Nachweise einer Beziehung der von den Klägern mit Kahn u. Cie. abgeschlossenen Geschäfte zu den von ihnen mit dem Beklagten geschlossenen. Durch die von den Klägern beigebrachten und angebotenen Beweise wird nichts weiter dargethan, als daß sie um dieselbe Zeit Stellage- und andere Geschäfte mit Kahn u. Cie. gemacht, daß am ultimo Juli die Letzteren verschiedene Partheieen Amerikaner für Rechnung der Kläger verkauft und diese theilweise mit der Differenz belastet haben. Wenn die Kläger hiezu weiter behaupten, einen Theil dieser verkauften Papiere haben sie für den Beklagten bestimmt gehabt, so verdient eine derartige Behauptung einer zu einem äußerlich wahrnehmbaren Akte gar nicht gediehenen Absicht keine rechtliche Beachtung, gleichwie die Thatsache, daß die Kläger den Beklagten mit der nunmehr geforderten Differenz in ihren Büchern belastet haben, zu Begründung des ihnen obliegenden Beweises selbstverständlich nicht geeignet ist. Mit den von den Klägern beigebrachten Beweisen könnten sie gleich dem Beklagten jeden anderen ihrer Kunden, mit dem sie um die fragliche Zeit Geschäfte in amerikanischen Staatspapieren machten, in Anspruch nehmen. Mangelt es aber an dem Nachweise einer Beziehung zwischen den beiderlei Geschäften, so fehlt es folgerecht auch an dem Kausalzusammenhang zwischen dem in Frankfurt vorgenommenen Verkaufe und dem Nichtbezuge des Beklagten, womit auch jeder auf den Verzug des Beklagten gestützten Entschädigungsforderung der Boden entzogen ist.

Entscheidung des Obertribunals als Oberhandelsgerichtes vom 1. Juni 1871 in der Berufungssache Arnold und Gutmann c. Garnier [1].

---

[1] Ganz in derselben Weise wurde bei durchaus gleichen Verhältnissen in der an demselben Tage erledigten Berufungssache Arnold und Gutmann c. Mayer entschieden.

37) Differenzgeschäft oder Lieferungskauf.

J. Maier und Gen. hatten sich vereinigt, Staats-, Industrie-, Bahn- und Bankpapiere durch die Vermittlung der Gebr. Gutmann in Augsburg für gemeinschaftliche Rechnung zu kaufen und zu verkaufen (Hausse- und Contreminegeschäfte), und die Letzteren mit dem Einkauf von Unionbankaktien beauftragt. Die Gebr. Gutmann kauften in Folge dessen bei der Unionbank in Wien 200 Unionbankaktien zu 320 und bezogen weiter 66²/₃ junge zu 200, worauf sie am 1. Juni 1872 Maier und Genossen benachrichtigten, daß diese nunmehr von ihnen, den Gebr. Gutmann, medio desselben Monats in Wien 200 St. Union zu 320 + Spesen und 66²/₃ St. dto zu 200 + Spesen zu beziehen haben, und es ist dieß am 3. Juni 1872 von Maier und Gen. bestätigt worden. Der aus diesem Geschäfte gegen Maier erhobenen Klage der Gebr. Gutmann setzte dieser unter Anderem den Einwand entgegen, daß das Geschäft ein bloßes Differenzgeschäft gewesen sei, da kein Theil die Absicht des Bezuges, beziehungsweise der Lieferung gehabt habe, aus einem Differenzgeschäfte aber nicht geklagt werden könne. Letzteres blieb unentschieden; dagegen wurde der Einwand darum verworfen, weil ein Differenzgeschäft nicht angenommen wurde und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Da nach dem Schreiben vom 1. Juni 1872 die Kläger sich als diejenigen, welche dem Beklagten und seinen Genossen die Aktien zu liefern haben, bezeichnet haben, so haben sie von dem ihnen nach Art. 376 des Handelsgesetzbuches zustehenden Rechte Gebrauch gemacht, das Gut, mit dessen Einkauf sie beauftragt wurden, selbst als Verkäufer zu liefern, und es haben die Käufer sich hiemit einverstanden erklärt. Das zwischen den Klägern einerseits und dem Beklagten und dessen Genossen andererseits abgeschlossene Lieferungsgeschäft ist somit als Handelsgeschäft im Sinne des Handelsgesetzbuches Art. 271 Ziffer 1 gemäß Art. 277 desselben nach den von diesem Gesetzbuch über

den Kauf aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen [1]. Der Beklagte behauptet nun zwar, jenes Geschäft sei ein Differenzgeschäft und daher nicht klagbar. Allein da erwiesen ist, daß die Kläger die Aktien für den Beklagten und dessen Genossen gekauft, auch sich verpflichtet haben, solche den Käufern zu liefern und diese sich damit einverstanden erklärt haben, so hat der Beklagte darzuthun, daß dieses nach der Erklärung beider Theile als Kaufvertrag sich darstellende Rechtsgeschäft nur zum Schein abgeschlossen und in Wahrheit ein Differenzgeschäft gemeint sei d. h. daß nach der übereinstimmenden Absicht der Kontrahenten die effektive Lieferung der Papiere ausgeschlossen und der Gegenstand des Geschäftes nur die je nach dem Steigen oder Fallen der Preise von dem einen Kontrahenten an den andern zu bezahlende Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Kurspreise der Papiere am Lieferungstage sein solle. Dagegen liegt nach richtiger Ansicht ein Differenzgeschäft nicht schon dann vor, wenn es bei Abschluß des Kaufvertrages beiden Theilen nicht um die wirkliche Lieferung des Kaufsobjektes, sondern um den Gewinn jener Differenz zu thun ist. Denn dieses bei den meisten im Börsenverkehre abgeschlossenen Zeitkäufen vorhandene Motiv ist für die Beurtheilung der rechtlichen Natur des Geschäftes unerheblich, so lange nicht beide Kontrahenten ihre lediglich auf den Differenzgewinn gerichtete Absicht übereinstimmend erklärt haben, weil andernfalls keiner der Kontrahenten gehindert ist, am Stichtage effektive Lieferung und beziehungsweise Bezug zu verlangen [2]. Es folgt daher für die Absicht der Parteien, ein Differenzgeschäft abzu-

---

[1] Hahn, Kommentar Bd. II, S. 362; Edelmann, Handelsrecht §. 168, Ziff. III; Seuffert, Archiv Bd. XXI, Nro. 151; Bd. XXVI, Nro. 166; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. VI, S. 187 ff.

[2] Thöl, Handelsrecht Bd. I, §. 70, Nro. IV, §. 102; Busch, Archiv Bd. XIV, S. 11 ff.; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. VI, S. 224.

schließen, Nichts aus den Briefen vom 23. März und 10. April 1872, in welchen der Beklagte und dessen Genossen den Klägern erklären, daß sie bei diesen gemeinschaftliche Spekulationsgeschäfte machen, daß sie durch deren Vermittlung Werthpapiere für gemeinschaftliche Rechnung kaufen oder verkaufen wollen (Hausse- und Contreminegeschäfte), sowie daraus, daß die Höhe des Kaufpreises für die Aktien nicht im Verhältniß steht zu dem Vermögen des Beklagten und seiner Konsorten. Denn diese Umstände lassen sich genügend erklären, wenn die Käufer bei effektiver Lieferung auf einen Gewinn durch Erzielung eines höheren Preises bei der Wiederveräußerung jener Papiere spekulirt haben.

**Entscheidung des Obertribunals vom 11. Juli 1874 in der Berufungssache Gebr. Gutmann c. Maier.**

38) Fixgeschäft; Verzug des Käufers in dem Bezug von Börsenpapieren; Verkauf derselben für dessen Rechnung.

J. Maier in Ulm hatte am 30. April 1873 von Max Gutmann (Firma Gebr. Gutmann) in Augsburg bei der Unionbank in Wien 100 Unionbankaktien à 320 zu beziehen, welche Gutmann auf jenen Tag zu liefern übernommen hatte. Maier bezog am Stichtage nicht, weßhalb Gutmann seiner Behauptung zufolge die Aktien, und zwar, da Maier nicht beziehen zu wollen schon vorher erklärt hatte, am 30. April auf der Börse in Wien à $243^{5}/_{8}$ verkaufen ließ. Der Verkauf erfolgte durch Vermittlung der Unionbank in Wien, bei welcher die Aktien für Gutmann in Depot sich befanden, für den Letzteren, durch zwei von der Unionbank beauftragte Börsenagenten. Als nun Gutmann den Ersatz der Differenz zwischen dem Preise, zu welchem Maier hätte beziehen sollen und dem am 30. April 1873 erzielten Erlöse forderte, wandte Maier ein, daß der Verkauf den gesetzlichen Vorschriften nicht entspreche und daher nicht als für seine Rechnung geschehen anerkannt werde. Dieser Einwand wurde für begründet

erkannt und ist aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen dießfalls Folgendes auszuheben:

Das von dem Kläger mit dem Beklagten auf einen bestimmten Termin, welcher je von Halbmonat zu Halbmonat wieder verlängert wurde, abgeschlossene Lieferungsgeschäft ist ein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 des Handelsgesetzbuches. Denn da den Gegenstand des Vertrages Börsenpapiere bildeten, welche namentlich in der damaligen Zeit beinahe täglichen Kursschwankungen unterworfen waren, und da es dem Beklagten, wie aus dessen Briefen, den wiederholten Prolongationen und der sonstigen Sachlage sich ergibt, darum zu thun war, die Differenz zwischen dem von ihm gehofften höheren Kurs der Papiere an dem Lieferungstermine und dem Kaufpreise zu gewinnen, diese Differenz sich aber jeden Tag ändern konnte, so ist der jeweilige Lieferungstag als ein so wesentlicher anzusehen, daß gerade nur an diesem erfüllt werden durfte. Nachdem nun der Kläger am 23. April 1873 dem Beklagten erklärt hatte, daß er von den Unionbankaktien 100 Stück am 30. deſſ. M. verkaufen lassen werde, so ist der 30. April 1873 der endgiltige Lieferungstag geworden, da dem Beklagten kein Recht zustand, eine weitere Verschiebung des Lieferungstermines von dem Kläger zu erlangen. Der Beklagte hat jedoch am Stichtage die 100 Aktien nicht bezogen, und war daher der Kläger infolge dieses Verzuges des Beklagten berechtigt, von einem der dem Verkäufer gegen den säumigen Käufer in dem Art. 357 des Handelsgesetzbuches eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen. Derselbe behauptet nun, er habe die 100 Unionbankaktien am 30. April 1873 an der Wiener Börse zum Kurse von $243^{5}/_{8}$ verkaufen lassen und fordert von dem Beklagten die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem am 30. April 1873 erzielten Erlöse.

Man kann dahin gestellt lassen, ob dem Kläger der Beweis des Verkaufes gelungen ist [1], da dieser Verkauf,

[1] Vergl. Nro. 36 oben.

wenn er erfolgt ist, nicht unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften vorgenommen worden ist.

Bezüglich dieses Verkaufes sind die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches maßgebend. Zwar waren die fraglichen Aktien von dem Beklagten in Wien zu beziehen, also diese Stadt der Erfüllungsort und ist daher zu unterstellen, daß auch dort der Verkauf der Aktien für Rechnung des säumigen Käufers vor sich zu gehen hatte [2]. Die Form dieses Verkaufes bestimmt sich daher nach den Vorschriften des österreichischen Rechtes. Allein diese sind eben das Handelsgesetzbuch, welches seit dem 1. Juli 1863 auch für Oesterreich gilt. Daß die in den vorliegenden Fragen zur Anwendung kommenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in Oesterreich abgeändert worden seien, hat der Kläger nicht zu behaupten vermocht und ergibt sich auch nicht aus dem österreichischen Einführungsgesetze vom 17. Dezember 1862 [3].

Nach Art. 357 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches hat der Verkäufer, welcher statt der Erfüllung für Rechnung des säumigen Käufers verkaufen will, im Fall die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, den Verkauf unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist vorzunehmen. Es steht aber dieses Verkaufsrecht dem Verkäufer nach dem Abs. 1 jenes Artikels nur gemäß Art. 354, also, wie dieser Artikel vorschreibt, unter Beobachtung der Bestimmung des Art. 343 zu [4]. Nach dem Abs. 2 des letzteren Artikels hat nun bei Waaren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, der Verkauf entweder öffentlich oder durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zu den laufenden Preisen zu geschehen. Durch diese Vorschrift sollte das

---

[2] Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. V, S. 174 f.

[3] Lutz, allg. deutsches Handelsgesetzbuch Bd. II, S. 201 f.

[4] Thöl, Handelsrecht Bd. I, §. 87 a, S. 525 bei und in Note p und q; Seuffert, Archiv Bd. XXVI, Nro. 166; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. V, S. 174 f.

singuläre Recht des Verkäufers, für Rechnung des säumigen Käufers die Waare wieder zu verkaufen, zum Schutze des Interesses des Letzteren an gewisse Beschränkungen geknüpft werden, sofern die Oeffentlichkeit des Verkaufes oder die letztere vertretende Veräußerung durch eine amtlich zu diesem Zwecke bestellte und verpflichtete Person geeignet ist, die erforderliche Garantie für die Erzielung des wahren Preises zu gewähren [5]. Der Art. 343 Abs. 2 wollte somit, wie sich auch aus seiner Fassung und aus der Vergleichung mit dem Art. 311, welcher dem Gläubiger die Veräußerung des Faustpfandes auf gleiche Weise gestattet oder gibt, eine bestimmte Form für die Ausübung der Verkaufsselbsthilfe einführen. Ist daher diese Form nicht gewahrt, so hat der Käufer den Verkauf nicht als für seine Rechnung erfolgt anzuerkennen. Gleichgiltig ist hiebei, ob der Preis, welcher durch den formlosen Verkauf erzielt worden ist, im einzelnen Falle kein ungünstigerer ist, als wenn die gesetzliche Form eingehalten worden wäre. Denn der Käufer braucht sich auf das Ergebniß eines formlosen Verkaufes überhaupt nicht einzulassen, weil dieser von dem Gesetze als auf eigene Gefahr des Verkäufers ausgeführt angesehen wird [6].

Nach der Behauptung des Klägers sind nun die 100 Aktien der Unionbank durch zwei Börsenagenten in Wien an der dortigen Börse verkauft worden. Der §. 26 des österreichischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 17. Dezember 1862 begreift jedoch unter den Handelsmäklern nur die Waaren- und Börsensensale, nicht aber die Börsenagenten. Letztere sind zwar auch konzessionirte Vermittler von Börsengeschäften [7], allein nicht Vertrauenspersonen im ausgezeichneten Sinne des Wortes,

---

[5] Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. VII, S. 66 ff., S. 403 ff.; Bd. VIII, S. 103 f.

[6] Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. VII, S. 405 ff.; Bd. VIII, S. 99 ff.; Bd. XII, S. 175 ff.

[7] **Goldschmidt**, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VIII, S. 103.

daher nicht in Eid genommen. Dieselben sind deßhalb nicht zur Vornahme des nach Art. 343 dem Verkäufer gestatteten Verkaufes befugt, da dem Handelsmäkler gerade mit Rücksicht auf seine Stellung als besondere Vertrauensperson die Ermächtigung zur Vornahme jenes Verkaufes gegeben ist [8]. Der Beklagte hat somit den Verkauf der Aktien, welcher nach der klägerischen Behauptung am 30. April 1873 erfolgt ist, nicht als für sich verbindlich anzuerkennen.

Vom Kläger wird nun zwar das Bestehen einer Usance in Wien geltend gemacht, wonach Börsenpapiere, welche am Stichtage nicht bezogen werden, ohne weitere Formalitäten durch Börsenagenten verkauft werden dürfen. Allein da gegenüber den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches nach Art. 1 desselben ein abweichender Handelsgebrauch nur insofern derogatorische Kraft haben kann, als die Kontrahenten sich bei Abschluß des Vertrages jenem Handelsgebrauche unterwerfen wollten [9], so wäre die behauptete Wiener Börsenusance nur dann maßgebend, wenn mit Sicherheit unterstellt werden könnte, es haben die Parteien mit Rücksicht auf jene Usance kontrahiren wollen. Dieß kann aber nicht ohne Weiteres angenommen werden, da jedenfalls bei dem Beklagten (einem Privatmanne) nicht zu vermuthen ist, daß er die Wiener Börsengebräuche gekannt habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Juli 1874 in der Berufungssache Gebr. Gutmann c. Maier.

[8] Hahn, Kommentar Bd. I, S. 2[illegible]0 f.

[9] Auerbach, Handelsgesetzbuch Bd. II, S. 96 f.; Makower, Handelsgesetzbuch S. 216 und 217, Note 41b; Busch, Archiv Bd. VII, S. 345 f.; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. VI, S. 369 ff.; Bd. VIII, S. 255 ff.

**Versicherungsrecht.**

39) Lebensversicherung auf Gegenseitigkeit; Anspruch des Versicherten auf die Dividenden; Frist für dessen Geltendmachung.

Hofrath St., welcher am 29. Oktober 1858 in Folge von sich selbst beigebrachten Stichwunden starb, hatte sein Leben bei der Stuttgarter Lebensversicherungsbank zu Gunsten seiner Erben mit 17,500 fl. versichert.

Die Lebensversicherungsbank in Stuttgart ist eine auf Gegenseitigkeit beruhende Versicherungsanstalt. Nach §. 8 der Statuten bilden die in dem Gesammtvermögen der Bank begriffenen reinen Ueberschüsse, welche sich je bei der am Schlusse des Jahres gezogenen Bilanz ergeben, den zum Hilfsmittel für außerordentliche Fälle bestimmten Sicherheitsfond und dieser kommt, soweit er zur Deckung der Unzulänglichkeit der Einnahmen späterer Jahre nicht erforderlich ist, im sechsten Jahre als Dividende unter die Theilhaber der Anstalt zur Vertheilung. In Betreff dieser Dividenden bestimmt der §. 9 (Absatz 1): „An dem Ueberschusse, welcher (§. 8) nach fünfjähriger Zurückbehaltung zur Vertheilung kommt, erhalten die Theilhaber desjenigen Jahres, aus welchem die Dividende herrührt, nach dem Verhältniß der von ihnen in jenem Jahre eingezahlten Prämien einen Antheil . . ." (Abs. 2) „Die Dividende wird . . . bei erloschenen Versicherungen durch Baarzahlungen auf die Dividendenscheine gewährt, welche den Inhabern der erloschenen Policen gegen Zurückgabe der letzteren ausgefolgt werden." (Abs. 3.) „Der Betrag der fälligen Dividende, in Prozenten der Prämie ausgedrückt, wird alljährlich öffentlich bekannt gemacht." (Abs. 4.) „Werden binnen zwei Jahren von dieser Bekanntmachung an die Dividenden von den Inhabern der Dividendenscheine nicht erhoben, so verliert der Berechtigte seine Ansprüche auf diese Dividenden, welche der Anstalt als Eigenthum zufallen."

In §. 53 ist bestimmt: „Werden die (nach einem Todesfall) übergebenen Dokumente von der Bank nicht beanstandet, so wird die Versicherungssumme drei Monate nach dem Einlaufen der Papiere an den Inhaber der Police gegen Rückgabe derselben baar in Stuttgart ausbezahlt.“ In den Policen aber ist gesagt: „Kraft dieser Versicherung machen wir uns im Namen der Bank verbindlich, wenn die Bedingungen der Bankstatuten erfüllt sind, nach dem Tode des Versicherten dem Inhaber dieses Versicherungsscheines gegen Rückgabe desselben nicht nur die versicherte Summe auszubezahlen, sondern ihm auch zur dereinstigen Erhebung der noch rückständigen Dividenden nach §. 9 der Statuten die erforderlichen Scheine auszuhändigen.“

Nach dem Ableben des Hofraths St. verweigerte die Bank dessen Erben die Ausbezahlung der Versicherungssumme, weil Hofrath St. sich selbst entleibt habe. Dagegen wurde den Erben mittelst Schreiben vom 22. Dezember 1858 seitens der Bank mitgetheilt, daß ihnen die Dividenden und die Vergütung aus dem Deckungskapital gesichert bleiben, das Bankbureau daher bereit sei, gegen Zurückgabe der Policen das volle Deckungskapital im Betrage von 289 fl. nebst den betreffenden Dividenden auszubezahlen, letztere durch Ausfolgung von Dividendenscheinen, welche von 1859—1863 eingelöst werden. Dieses Offert wurde von den Erben zurückgewiesen. In einem späteren Vergleichsvorschlage der Bank vom 3. November 1859 war der Anspruch der Erben auf das Deckungskapital und auf die Dividenden nur bedingt anerkannt. Auch dieser weitere Vergleichsvorschlag wurde von den Erben abgelehnt.

Am 14. Juli 1860 erhoben die St.'schen Erben gegen die Lebensversicherungsbank gerichtliche Klage auf Bezahlung der Versicherungssumme und Aushändigung der zur Erhebung der noch rückständigen Dividenden erforderlichen Scheine, indem zugleich bemerkt wurde, daß die Rückgabe der Policen für diesen Fall keinem Anstand unterliege. Bezüglich des Deckungskapitals und der Dividenden wurde

in einer mündlichen Verhandlung vom 12. Mai 1862 bemerkt, daß hierüber unter den Parteien kein Streit obwalte, und in den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil erster Instanz vom 8./15. November 1862, welches im Uebrigen die Klage abwies, wurde bemerkt, daß den Klägern ihre beklagter Seits anerkannten statutenmäßigen Ansprüche auf das Deckungskapital und die Dividenden vorbehalten bleiben. In den Verhandlungen zweiter Instanz kam der Anspruch auf die Dividenden nicht mehr zur Sprache und auch in dem Urtheil der zweiten Instanz vom 13./14. Juni 1864, welches die beklagte Bank in der Hauptsache theils bedingt, theils unbedingt verurtheilte, wurde der Dividenden nicht mehr erwähnt, dagegen hinsichtlich des Deckungskapitals ausgesprochen, daß es bei dem Anerkenntniß der Beklagten sein Verbleiben habe. Dies veranlaßte die Kläger, in ihrer bei dem Obertribunal eingereichten Beschwerdeschrift die Bitte zu stellen, auch bezüglich der Verpflichtung der Beklagten zur Aushändigung der Dividendenscheine auszusprechen, daß es diesfalls bei dem Anerkenntniß der Beklagten sein Verbleiben habe. Die Beklagte erwiderte in ihrer Vernehmlassung, daß sie bereits im Dezember 1858 den Klägern die Verabfolgung der Dividendenscheine angeboten habe und gegen diese Scheine gar nicht gestritten worden sei, daher es auch keines richterlichen Ausspruches hierüber bedürfe. In den Gründen zu dem Urtheil des Obertribunals vom 11. Mai 1866 wurde auf diese Erklärung hingewiesen, wornach bezüglich der Dividendenscheine kein Streit bestehe, im Uebrigen wurde die Beklagte theils bedingt, theils unbedingt verurtheilt und es sind, nachdem die Eide, durch welche die Verurtheilung bedingt war, abgeschworen worden und am 30. Juni 1866 ein unbedingtes Urtheil ergangen war, die urtheilsmäßigen Beträge gegen Rückgabe der Police von der Beklagten an die Kläger ausbezahlt worden. Die Ausfolge der Dividendenscheine wurde von der Beklagten aber nunmehr aus dem Grunde verweigert, weil der Anspruch der Kläger auf die Dividenden nach

Maßgabe des §. 9 der Statuten verwirkt sei, indem die in diesem §. festgesetzte zweijährige Frist inzwischen abgelaufen war.

Die St.'schen Erben erhoben daher am 2. Januar 1868 neue Klage gegen die Lebensversicherungsbank auf Bezahlung der Dividenden nebst Verzugszinsen und diese Klage wurde für gegründet erkannt. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe besagen hierüber:

Nach §. 9 Abs. 2 der Statuten wird die Dividende bei erloschenen Versicherungen durch Baarzahlungen auf die Dividendenscheine gewährt, welche den Inhabern der erloschenen Policen gegen Zurückgabe der letzteren ausgefertigt werden, und in §. 9 Abs. 4 ist bestimmt, daß, wenn binnen zwei Jahren von der in Abs. 3 vorgeschriebenen alljährlichen Bekanntmachung an die Dividenden von den Inhabern der Dividendenscheine nicht erhoben werden, der Berechtigte seinen Anspruch auf diese Dividenden verliere, welche der Anstalt als Eigenthum zufallen.

Die Bestimmung des Abs. 4 hat hiernach zwar zunächst den Fall im Auge, wenn dem Inhaber der erloschenen Police die Dividendenscheine ausgefolgt sind, aber die Dividenden von den Inhabern der Dividendenscheine nicht erhoben werden. Allein da die Dividendenscheine das Mittel zur Erhebung der Dividenden sind und ihr Bezug der Erhebung der Dividenden regelmäßig voranzugehen hat, so ist davon auszugehen, daß unter die Bestimmung des Abs. 4 auch der Fall zu subsumiren ist, wenn binnen der zweijährigen Frist von den Berechtigten weder die Dividendenscheine bezogen, noch die Dividenden erhoben werden.

Durch die Worte des Abs. 4: „werden binnen zwei Jahren die Dividenden von den Inhabern der Dividendenscheine nicht erhoben" ist ausgedrückt, daß es eine Unterlassung auf Seiten des Forderungsberechtigten, die Unterlassung einer ihm obliegenden Handlung ist, an welche der Verlust des Anspruchs als Folge geknüpft ist. Die Be-

stimmung ist daher in dem Sinne aufzufassen, daß der Berechtigte seinen Anspruch verliert, wenn er binnen der zwei Jahre unterlassen hat, die von seiner Seite zur Erhebung der Dividenden erforderlichen Schritte zu thun, daß dagegen der Eintritt des Verlustes ausgeschlossen ist, wenn innerhalb der Frist von Seiten des Berechtigten der Bank gegenüber dasjenige geschehen ist, was von seiner Seite vertragsmäßig zur Erhebung der Dividenden zu geschehen hatte.

Letztere Voraussetzung trifft in vorliegendem Falle zu. Die Kläger haben, bald nach Beginn der für die ältesten Dividenden laufenden Frist, mit der Klage auf Bezahlung der Versicherungssumme zugleich den Anspruch auf Aushändigung der zur Erhebung der Dividenden erforderlichen Scheine erhoben und gegen Befriedigung dieser Ansprüche zur Zurückgabe der Policen, welche sie mit ihrer Klage dem Gerichte vorgelegt hatten, sich bereit erklärt. Zwar haben die Parteien bei der Verhandlung vom 12. Mai 1862 erklärt, daß über die Dividenden kein Streit bestehe, und die Beklagte behauptet, daß schon damals der Dividendenanspruch der Kläger unbedingt und unabhängig von dem Ausgang des Streites über die Versicherungssumme von ihr anerkannt gewesen sei. Allein wenn dies auch der Fall war, so kann doch den Klägern daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß sie die Policen nicht sofort zum Behufe des Bezuges der Dividendenscheine zurückgaben. Die Beklagte war verpflichtet, gegen Zurückgabe der Police deren Inhabern nicht nur die Dividendenscheine auszuhändigen, sondern auch die Versicherungssumme auszubezahlen. (Auch die letztere Verpflichtung bestand schon damals, obschon sie noch nicht rechtskräftig festgestellt war.) Wenn auch jede dieser beiden Verpflichtungen unter ihren besonderen statutenmäßigen Bestimmungen steht, so treffen beide doch darin zusammen, daß beide Leistungen an den Inhaber der Police und gegen Zurückgabe der Police zu geschehen haben. Da die Kläger berechtigt waren, gegen Zu-

rückgabe der Police die vollständige Leistung dessen zu verlangen, was die Beklagte gegen die Zurückgabe der Police statutenmäßig zu leisten hatte, so war während der ganzen Dauer des Vorprozesses, auch nach erfolgter Anerkennung des Dividendenanspruchs, die Unterlassung der Zurückgabe der Police dadurch gerechtfertigt, daß die Beklagte den einen Theil der ihr gegen die Zurückgabe obliegenden Leistungen (die Ausbezahlung der Versicherungssumme) verweigerte. Die sofortige Zurückgabe der Police an die Beklagte konnte dem Kläger um so weniger zugemuthet werden, da die von der Beklagten verweigerte Leistung die Hauptleistung war und es sich um Papiere handelte, welche ihren Inhaber zur Entgegennahme der Zahlung legitimiren. Wenn daher in Folge der unterlassenen Zurückgabe der Police die Aushändigung der Dividendenscheine unterblieb, so sind nicht die Kläger, sondern es ist die Beklagte hiefür verantwortlich, durch deren Verhalten die Kläger an der rechtzeitigen Zurückgabe der Policen gehindert waren. So lange aber den Klägern keine Dividendenscheine ausgefolgt waren, ist es ihnen auch nicht als Versäumniß anzurechnen, daß sie keinen Versuch machten, die Dividenden selbst zu erheben. Denn ohne Dividendenscheine konnten sie nach dem §. 9 der Statuten zur Erhebung der Dividenden sich nicht als legitimirt betrachten.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Mai 1874 in der Berufungssache Lebensversicherungsbank Stuttgart c. Stimmel'sche Erben.

## Civilrecht; Nachtrag.

### 40) Vertragsfähigkeit der Hauskinder.

Volljährige Hauskinder sind sowohl nach gemeinem als nach württembergischem Rechte in der Regel und abgesehen von Verfügungen über ihr in der Nutznießung des Vaters stehendes Vermögen und abgesehen von den Fällen des mazedonianischen Rathsschlusses fähig, sich selbstständig

und ohne Zustimmung des Hausvaters durch Verträge zu verpflichten.

Die Bestimmung des Landrechtes Thl. II, Tit. 28 §. 1, wonach die unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder gar nichts hingeben, verändern oder verschreiben sollen und das ohne des Vaters Willen Hingegebene demselben auf sein Begehren ohne allen Abzug wieder zugestellt werden soll, ist nur auf eigentliche Veräußerungen und Hingeben des der väterlichen Nutznießung unterworfenen profektizischen, beziehungsweise des ordentlichen adventizischen Sondergutes zu beziehen.

Die Bestimmung des Landrechtes a. a. O. §. 2, welche eine Erweiterung der römisch rechtlichen Bestimmungen des sog. mazedonianischen Rathsschlusses enthält, handelt nur von Käufen fungibler Sachen, von Waaren auf Kredit, nicht aber von Kauf auf Kredit überhaupt.[1]

**Entscheidung des Obertribunals vom 9. Juni 1874 in der Berufungssache Böhringer c. Ernst.**

## 41) Stillschweigende Errichtung einer Realdienstbarkeit.

Die Sägmühle und die Mahlmühle zu M., unmittelbar neben einander gelegen, hatten sich bis 1852 in der Hand Eines Eigenthümers befunden. Am 1. Dez. 1852 aber verkaufte der bisherige Eigenthümer beider Mühlen die Mahlmühle, wobei in dem betreffenden Kaufvertrag über die Beziehungen zwischen der Säg- und Mahlmühle nur einige die Unterhaltung des Wasserbaues am Kanal und Wöhr betreffende Bestimmungen aufgenommen wurden. Am 6. Oktober 1853 ist sodann über diesen Kaufvertrag das gemeinderäthliche Erkenntniß erfolgt. Die Sägebahn

[1] Württ. Archiv Bd. XIV, S. 342; Tafel, Civilrechtssprüche Bd. II, S. 142 f.; Lauterbach, Coll. Pand. Lib. XIV, tit. 6, §. XIII; Weishaar, württ. Privatrecht Bd. I, § 252; Lang, Handbuch S. 423, 424 Note 5.

der Sägmühle reicht in die Mahlmühle hinein, ist aber durch Bretterwände von dem inneren Raume der Mahlmühle abgeschlossen und bildet einen Theil der Sägmühle. Es können auf dieser Bahn innerhalb des Abschlusses nur Hölzer von 34′ Länge geschnitten werden, das Schneiden von längerem Holz kann nur bewerkstelligt werden, wenn in der den Abschluß von der Mahlmühle bildenden Querwand ein dort angebrachter hölzerner Laden geöffnet und dadurch für die Hölzer ein Durchgang in die Mahlmühle ermöglicht wird. Der Laden ist jedoch in der Mahlmühle durch zwei Latten mittelst Drahtstiften verschlossen und bestand dieser Verschluß auch zur Zeit des Kaufvertrages vom 1. Dezember 1852. Auf Grund dieser Vorrichtung wurde für die Sägmühle das Dienstbarkeitsrecht in Anspruch genommen, Hölzer von einer 34′ übersteigenden Länge nach jedesmaliger Entfernung des Ladens durch die dort befindliche Oeffnung beim Schneiden in die Mahlmühle hineinragen zu lassen. Zu Begründung dieses Anspruches wurde geltend gemacht, daß die angesprochene Servitut beim Verkauf der Mahlmühle stillschweigend konstituirt worden sei. Hiefür spreche die vorhandene Einrichtung, vermöge welcher die Mahlmühle faktisch der Sägmühle diene. Die Oeffnung in der Querwand habe nur ein Interesse für die Sägmühle und der bewegliche Verschluß sei nur angebracht worden, um in der Zwischenzeit die Mahlmühle vor dem Eindringen Fremder auf diesem Wege zu schützen. Diese Einrichtung sei zu Gunsten der Sägmühle schon früher angebracht und, seitdem die beiden Mühlen sich in verschiedenen Händen befinden, fortwährend belassen und benützt worden, woraus auf den stillschweigenden Willen der Parteien, eine Servitut zu errichten, geschlossen werden müsse. Das Verhältniß, das vorher als die Ausübung des Eigenthums erschienen, erscheine jetzt als Ausfluß einer stillschweigenden Dienstbarkeit.

Die Civilkammer des K. Kreisgerichtshofes in Heilbronn wies durch Urtheil vom 16. März 1874 die Klage

ab, indem dieselbe davon ausging, daß die Vorschrift des Landrechtes Thl. II, Tit. 9 §. 10, wornach Häuser und liegende Güter ohne vorausgegangenes gerichtliches Erkenntniß nicht mit neuen Dienstbarkeiten beschwert werden können, gegenüber von Realservituten jeder Art gelte, somit die angesprochene Servitut stillschweigend nicht habe bestellt werden können. Denn wenn durch Vertrag ohne hinzukommendes gerichtliches Erkenntniß die Entstehung einer Realservitut nicht möglich sei, so folge mit Nothwendigkeit hieraus, daß auch eine Servituterrichtung durch stillschweigenden Willen der Parteien nicht stattfinden könne, da bei einer solchen ein gerichtliches Erkenntniß gar nicht denkbar sei.

Von dem Obertribunal wurde das die Klage abweisende Urtheil bestätigt, jedoch aus anderen Gründen. Diese gingen dahin:

Damit eine Servitut, wie die vorliegende, stillschweigend entstehe, genügt nach der Ansicht der Rechtslehrer des gemeinen Rechtes die bloße Thatsache nicht, daß der frühere Eigenthümer beider Mühlen die Mahlmühle zu Gunsten der Sägmühle benützte,[1] sondern es wird mindestens erfordert, daß zur Zeit des Kaufvertrages vom 1. Dez. 1852, auf welchen die Klage gestützt ist, eine äußere Vorrichtung und offene Anlage, mittelst der die Mahlmühle faktisch dem Vortheil der Sägmühle diente und zu dienen im Stande war, bestand und daß aus der schweigenden Uebergabe und Uebernahme dieses augenscheinlichen Zustandes zwischen den Kontrahenten auf die Absicht bleibender Bildung eines Dienstbarkeitsverhältnisses zwischen den beiderlei Gebäuden geschlossen werden konnte.[2]

---

[1] l. 36, 37 D. de serv. praed. urb. (8, 2); l. 1 D. de serv. leg. (33, 3); Hofmann, Servituten Bd. II, S. 63; Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. II, S. 355; vergl. Seuffert, Archiv, Bd. XI, Nr. 18.

[2] Windscheid, Pand. Bd. I, §. 212, S. 614, 615 und Note 13; Elvers, Serv. S. 713; Hofmann, Serv. Bd. II, S. 63, 64; Seuffert, Archiv, Bd. XI, Nr. 121, Bd. XXV, Nr. 201.

Die Klägerin hat nun behauptet, daß diese Voraussetzungen ihres angesprochenen Rechtes durch den mehrgenannten Laden, durch dessen fortgesetzte Benützung und dadurch, daß diese Vorrichtung im Vertrage von 1852 nicht abgestellt worden, hergestellt seien.

Allein was zunächst die geforderte augenscheinliche Vorrichtung, welche dem Käufer der Mahlmühle ersichtlich zu machen hatte, daß und wie diese letztere für das Geschäft der Sägmühle benützt worden und beziehungsweise künftig zu benützen sei, anbelangt, so ist das Vorhandensein einer solchen Vorrichtung zur Zeit des Vertragsschlusses vom 1. Dez. 1852 durch das von der Klägerin Vorgebrachte noch nicht gegeben..... Der Laden, als die einzige Vorrichtung, welche zur thatsächlichen Ausübung der angesprochenen Servitut dienen soll, war bei dem Vertragsabschlusse mit Drahtstiften von der Seite der Mahlmühle her zugenagelt und konnte sich daher in diesem Zustande nicht als eine zu Benützung der Mahlmühle für die Sägmühle augenscheinlich dienende Vorrichtung manifestiren. Er zeigte im zugenagelten Zustande nicht einmal an, inwieweit der bisherige Eigenthümer der beiden Mühlen ihn benützt, beziehungsweise ob nicht schon dieser die Benützung wieder aufgegeben hatte, noch weniger war der Laden in diesem Zustande eine für eine Servitut qualifizirte Vorrichtung, sondern diese Vorrichtung fehlte, insofern sie erst durch eine Veränderung dieses Zustandes hätte hergestellt werden müssen, und dieser Zustand des Ladens konnte ebenso gut der gegentheiligen Absicht, keine Servitut zu wollen, entsprechen, wobei der zurückgebliebene Laden lediglich ein zufälliges Ueberbleibsel der früheren Behandlungsweise des Eigenthümers sein konnte......

Ebensowenig kann aus der seit dem Jahr 1853 in wenigen Fällen stattgehabten Oeffnung und Benützung des Ladens zum Durchschieben von Sägholz geschlossen werden, daß die Kontrahenten des Vertrages vom 1. Dez. 1852 die stillschweigende Errichtung einer Servitut beabsichtigt

haben, weil diese Uebung bei der Seltenheit der Fälle eben- sowohl aus dem nahen Verwandtschaftsverhältnisse der Mühlenbesitzer (Brüder) erklärbar ist. . . .

Endlich läßt sich auch daraus, daß im Vertrage die Abstellung des angebrachten Ladens nicht erfolgte, keine Folgerung zu Gunsten der Klägerin ziehen, weil vor dem Vertrage kein Dienstbarkeitsrecht bestand, es sich somit auch nicht um die Abstellung oder Belassung einer bisherigen Dienstbarkeitsvorrichtung handeln und das Stillschweigen des Vertrages nur die Festhaltung des früheren Rechts- zustandes bedeuten konnte, während umgekehrt, wenn eine Servitut beabsichtigt worden wäre, bei dem Mangel einer entsprechenden äußeren Vorrichtung ihre ausdrück- liche Erwähnung im Vertrage nicht zu umgehen gewesen wäre.

Da hienach die thatsächlichen Voraussetzungen des an- gesprochenen Rechtes nicht hergestellt sind, und die erhobene Klage schon wegen mangelnder thatsächlicher Begründung nicht durchdringen kann, so konnte die Entscheidung der Rechtsfrage, ob die angesprochene Servitut nach dem würt- tembergischen Landrechte des gemeinderäthlichen Erkennt- nisses zu ihrer giltigen Entstehung bedurfte, dahin gestellt gelassen werden.

**Entscheidung des Obertribunals vom 2. Juni 1874 in der Berufungssache Valet c. Valet.**

Das Obertribunal hat in vorstehender Entscheidung die Frage, ob nach württ. Rechte eine Realdienstbarkeit stillschweigend, also ohne den Hinzutritt eines gerichtlichen Erkenntnisses, errichtet werden könne, dahin gestellt gelassen. Man wird jedoch die Frage wohl verneinen müssen.

Wie das Obertribunal stets angenommen hat, können nach den Bestimmungen des Landrechts Thl. II, Tit. 9 §. 10 Realdienstbarkeiten durch Vertrag ohne hinzukom- mendes gerichtliches Erkenntniß nicht giltig bestellt werden und es gilt dies auch von denjenigen Realdienstbarkeiten, welche bei dem Verkaufe eines Grundstückes auf demselben

vorbehalten werden.[3] Für die Annahme, daß bezüglich der stillschweigenden Bestellung, des stillschweigenden Vorbehalts einer Realdienstbarkeit etwas Anderes gelte, liegt ein Grund nicht vor. Aus der Bestimmung des Landrechtes selbst läßt sich für eine solche Unterscheidung Nichts entnehmen, denn dieses besagt ganz allgemein, daß ohne gerichtliches Erkenntniß Häuser oder andere liegende Güter mit neuen Dienstbarkeiten nicht beschwert werden und solche Kontrakte nichtig sein sollen,[4] ohne zu unterscheiden, ob die Beschwerung mit einer neuen Dienstbarkeit ausdrücklich oder stillschweigend erfolge. Ebenso wenig liegt aber ein innerer Grund zu einer derartigen Unterscheidung vor und es ließe sich nicht absehen, warum die Bestellung einer Realdienstbarkeit mehr begünstigt sein sollte, wenn die Parteien ihre diesfällige Willensübereinstimmung durch konkludente Handlungen, stillschweigend zu erkennen geben, als wenn sie mit ausdrücklichen Worten über die Bestellung der Dienstbarkeit sich vereinbaren. Der gesetzliche Grund für die Nothwendigkeit des gerichtlichen Erkenntnisses bei Bestellung von Realservituten, der wohl vorzugsweise in der Rücksicht auf Dritte und auf das allgemeine Wohl zu suchen ist, trifft bei der stillschweigenden Bestellung einer Realservitut in derselben Weise zu, wie wenn sie ausdrücklich bestellt wird. Der Erfolg ist derselbe, ob eine Realdienstbarkeit durch ausdrückliche oder durch stillschweigende Errichtung zur Entstehung gelangt, in beiden Fällen wird ein liegendes Gut mit einer neuen Dienstbarkeit beschwert und diese Beschwerung eben soll durch bloße

---

[3] **Griesinger**, Landrechtskommentar Thl. II, S. 547, 549; **Reinhardt**, Landrechtskommentar Bd. I, S. 184, 187; **Weishaar**, württ. Privatrecht Bd. II, §. 525; **Reyscher**, württ. Privatrecht Bd. II, §. 303; **Tafel**, Civilrechtssprüche Bd. V, S. 202. 203; Württ. Archiv Bd. I, S. 371, 372; Bd. VI, S. 155, Nr. 11; Bd. IX, S. 84 ff.; Bd. X, S. 109 ff., S. 230 ff.

[4] Ueber die Frage der Nichtigkeit vergl. meine Bemerkung im Württ. Archiv Bd. X, S. 112 ff.

Uebereinkunft ohne den Hinzutritt eines gerichtlichen Erkenntnisses nicht bewirkt werden können. Es wird durch die Bestimmung des Landrechtes der bloßen Uebereinkunft die beabsichtigte Wirkung der Begründung einer neuen Dienstbarkeit überhaupt versagt und soll diese Wirkung des Vertrages, die Entstehung der Dienstbarkeit, nur eintreten, wenn über die ihre Errichtung bezweckende Uebereinkunft gerichtlich erkannt worden ist. Demzufolge kann eine Realdienstbarkeit so wenig durch stillschweigende Uebereinkunft als durch ausdrückliche Beredung für sich allein zur Entstehung gelangen. Allerdings führt dies zu der Annahme, daß nach württ. Rechte eine Realservitut überhaupt nicht stillschweigend bestellt werden kann, da im Falle einer bloß stillschweigenden Uebereinkunft der Gemeinderath gar keine Veranlassung zur Kognition hierüber erhalten wird und die Bewirkung eines gemeinderäthlichen Erkenntnisses wohl nicht wird geschehen können, ohne daß der auf Errichtung der Realdienstbarkeit gerichtete übereinstimmende Wille der Parteien zuvor in Worten zum Ausdruck gekommen wäre.

Das Obertribunal hat zwar in einer Entscheidung vom 25. Juni 1844, unter Berufung auf Stellen des römischen Rechtes, ausgesprochen, es müsse, wenn der Eigenthümer eines Grundstückes, auf welches derselbe bisher über andere ihm zugehörige Güter gelangt sei, das erstere veräußere und kein anderer Weg bestehe, solcher daher für die Ausübung des Eigenthums wesentlich nothwendig sei, der Zugang über die Güter des Verkäufers auch dem neuen Eigenthümer verbleiben und es sei in diesem Falle eine Dienstbarkeit als stillschweigend errichtet anzunehmen.[5] Allein hiebei handelte es sich nicht um die willkürliche Errichtung einer neuen Realdienstbarkeit, sondern um die Bestellung einer nothwendigen Wegdienstbarkeit, auf welche auch ohne die Unterstellung einer

[5] Württ. Archiv Bd. III, S. 385 lit. c.

stillschweigenden Uebereinkunft von Richteramtswegen hätte erkannt werden müssen und wobei jene Unterstellung nur insofern einen Unterschied begründete, daß hienach der Verkäufer des Grundstückes für verbunden erkannt werden mußte, die Dienstbarkeit zu dulden, ohne eine besondere Entschädigung dafür ansprechen zu können, während ihm andernfalls solche Entschädigung zuzuerkennen gewesen wäre.[6] Es läßt sich daher aus gedachter Entscheidung für unsere Frage Nichts folgern, wie denn auch dieselbe bei jener Entscheidung gar nicht in Anregung gekommen ist.

42) Wirkung der ohne Zustimmung des Ehemannes erfolgten Verbindlichkeitserklärung einer Ehefrau für eine zuvor schon bestandene Sozialschuld.

David Englert war den Gebrüdern Rohrbacher für zu seinem Geschäftsbetriebe nöthige Pferde 462 fl. schuldig geworden und hatte den Letzteren hiefür am 10. Februar 1873 einen Schuldschein ausgestellt. Auf diesem Schuldscheine hat die mit ihrem Ehemann in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebende Ehefrau des Englert am 6. Juli 1873 die Erklärung beigesetzt, daß sie sich für die ganze Schuld als Schuldnerin und Selbstzählerin verbindlich mache. Auf Grund dieser Erklärung haben, nachdem David Englert in Gant gerathen und dessen Ehefrau in demselben zu den weiblichen Freiheiten zugelassen war, die Gebrüder Rohrbacher die Englert'sche Ehefrau auf Bezahlung der Hälfte der Schuld in Anspruch genommen. Die Beklagte wandte ein, daß ihr Ehemann in ihre Mitunterschrift nicht eingewilligt habe und somit ihre Verbindlichkeitserklärung nichtig sei. Durch Urtheil der Civilkammer des Kreisgerichtshofes in Stuttgart vom 15. April 1874 wurde die Beklagte jedoch verurtheilt und diese Entscheidung darauf gegründet, daß die klägerische Forderung eine die

[6] Ebendaselbst S. 381—383.

eheliche Gesellschaft und damit die Beklagte zur Hälfte treffende sei, und daß zur Giltigkeit der Mitverbindlichkeitserklärung, wodurch die Wirkung der Zulassung zu den weiblichen Freiheiten ausgeschlossen werde, die Zustimmung des Ehemanns nicht erforderlich sei. Denn die Beklagte habe nicht eine neue Verbindlichkeit eingegangen, sondern eine schon bestehende anerkannt und hiedurch nicht in das Verwaltungsrecht des Ehemannes eingegriffen, sofern die aus der Mitunterschrift folgende Unwirksamkeit der Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten bezüglich dieser Schuld auf die Zeit der Anrufung dieser Freiheiten sich beziehe, somit auf einen Zeitpunkt, in welchem das Verwaltungsrecht des Ehemannes aufgehoben oder doch rechtlich gehemmt sei.

Die gegen dieses Urtheil erhobene, auf Ziffer 15 des Art. 733 der C.-P.-O. gegründete Nichtigkeitsklage wurde verworfen und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt:

Soweit die Verwaltungsrechte des Ehemannes sich erstrecken, kann eine verheirathete Frau ohne dessen Beistimmung weder etwas von ihrem Vermögen veräußern, noch in Beziehung auf ihr Vermögen eine vertragsmäßige Verbindlichkeit giltig übernehmen [1]. Nach der Ansicht der Nichtigkeitsklägerin hat dieser Satz die Tragweite, daß auch diejenige Handlung einer in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau, wodurch dieselbe sich für eine schon vorher bestehende Schuld der ehelichen Gesellschaft deren Gläubiger ausdrücklich als mithaftbar erklärt — mit der Wirkung, daß sie sich ihrer Verbindlichkeit auch durch Anrufung der weiblichen Freiheiten nicht entschlagen könnte — ungiltig ist, wenn der Ehemann derselben nicht zugestimmt hat. Allein diese Bedeutung kommt jenem Rechtssatze nicht zu.

Wenn eine in Errungenschaftsgesellschaft lebende Ehe-

---

[1] Landrecht Thl. III, Tit. 7, §. 3; Pfandentwicklungsgesetz vom 21. Mai 1828 Art. 4 Abs. 2.

frau für eine ohne ihre Mitwirkung begründete Sozialschuld dem Gläubiger noch ausdrücklich als mithaftbar sich erklärt, so übernimmt dieselbe damit nicht eine neue Verbindlichkeit in Beziehung auf ihr dem Verwaltungsrechte des Ehemannes unterworfenes Vermögen (den hälftigen Antheil an der Errungenschaft und aushilfsweise ihr Beibringen), wie in dem Falle, wenn sie zur Tilgung oder Sicherung einer Sozialschuld einen Wechsel ausstellt oder acceptirt [2], sondern sie anerkennt nur oder bestätigt nur eine für sie bereits bestehende Verbindlichkeit und insoweit trifft der an die Spitze gestellte Rechtssatz unzweifelhaft nicht zu. Allerdings hat eine solche Erklärung gemäß Art. 68 des Pfandentwicklungsgesetzes die weitere Wirkung, daß die Ehefrau sich einer Schuldverbindlichkeit nicht mehr, wie dies ohne Hinzutritt einer solchen Erklärung der Fall sein würde, durch Verzicht auf ihren Antheil an der Errungenschaft entschlagen kann; die Erklärung enthält also mittelbar einen zum Voraus erklärten Verzicht auf die Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten bezüglich der fraglichen Schuld. Nun hat sich zwar das Obertribunal in der Streitfrage, ob eine eine in das Verwaltungsrecht des Ehemannes übergreifende Verfügung der Ehefrau, also insbesondere die Uebernahme einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit von Seiten der in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau in Beziehung auf ihren Antheil an dem ehelichen Gesellschaftsvermögen oder ihr Beibringen auch für die Ehefrau selbst unverbindend sei, oder nur für den Ehemann, so daß sie nach dem Aufhören der Verwaltungsrechte des Ehemannes vollziehbar würde, im Sinne der ersteren Alternative entschieden [3]. Allein hieraus folgt keineswegs die von der Nichtigkeitsklägerin geltend gemachte Annahme.

Wenn eine von der Ehefrau bezüglich des dem Ver-

---

[2] Württ. Archiv Bd. IX, S. 361 ff.

[3] **Seuffert**, Archiv Bd. III, Nro. 179; **Sarwey**, Monatschrift Bd. V, S. 419 ff.; **Lang**, württ. Personen-, Familien- und Vormundschaftsrecht S. 276 f.

waltungsrechte des Ehemannes unterworfenen Vermögens getroffene Verfügung auch nach dem Aufhören dieses Verwaltungsrechtes der Ehefrau selbst gegenüber unwirksam ist, so könnte man schließen wollen, daß auch ein mittelbar einen Verzicht auf die weiblichen Freiheiten enthaltender Akt der Ehefrau, da er sie gerade auch nach Aufhören des Verwaltungsrechtes des Ehemannes, aber doch mit ihrem zuvor diesem Verwaltungsrechte unterworfenen Vermögen haftbar machen soll, für sie unverbindend sei, wenn er nicht mit Zustimmung des Ehemanns erfolgt sei. Allein gerade bei der Bestimmung darüber, ob die Ehefrau sich das Recht auf Anrufung der weiblichen Freiheiten wahren wolle oder nicht, ist dieselbe unabhängig von dem Verwaltungsrechte des Ehemannes und muß davon unabhängig sein, weil sie bei dieser Verfügung dem Ehemanne gegenüber als Partei, als selbständige Betheiligte auftritt. Jene Rechtswohlthat ist eine der Ehefrau zustehende persönliche Befugniß, ihr eingeräumt zum Schutze gegen nachtheilige Vermögensverwaltung des Mannes, ein Recht also, in dessen Ausübung oder Nichtausübung sie durch den Ehemann nicht beschränkt werden kann. Erstrecken sich aber hienach die Verwaltungsrechte des mit seiner Frau in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehemannes von vorneherein nicht soweit, so muß die Ehefrau auch für befugt erachtet werden, die Erklärung, daß sie für eine bereits bestehende Sozialschuld dem Gläubiger mit verbindlich sein wolle, ohne Zustimmung des Ehemannes wirksam abzugeben.

Der vorige Richter hat daher gegen den im Eingang angeführten Rechtssatz nicht verstoßen, sondern vielmehr denselben in seiner richtigen Begrenzung angewendet, wenn er die Beklagte aus ihrer Erklärung vom 6. Juli 1873, wodurch sie sich den Kläger für die von ihrem Ehemanne eingegangene, die eheliche Gesellschaft angehende Schuld verbindlich machte, als ungeachtet der Zulassung zu den weiblichen Freiheiten den Klägern zur Hälfte haftbar er=

klärt hat, ohne den Beweis der Zustimmung des Ehemannes zu dieser Erklärung zu verlangen.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Juli 1874 in der Nichtigkeitsklagsache Englert c. Rohrbacher.

## II. Landes-Oberhandelsgericht.

### Handelsrecht.

43) Umfang der Vollmacht des Geschäftsreisenden und zumaligen Handlungsbevollmächtigten.

Der Umfang der Vollmacht des Geschäftsreisenden, welcher zugleich Handlungsbevollmächtigter ist, bestimmt sich nach den Art. 47 und 49 des Handelsgesetzbuches. Wenn der letztere Artikel in seinem zweiten Satze gewisse Handlungen, zu welchen jener Reisende befugt sein soll, aufführt, so darf hieraus nicht der Schluß gezogen werden, daß diese Handlungen die äußerste Grenze für die Vollmacht des Reisenden bezeichnen, oder, daß diese sich nur auf die von dem Reisenden selbst abgeschlossenen Geschäfte erstrecke. Denn, wie aus den Protokollen der Nürnberger Konferenz S. 4515 ff. hervorgeht und auch durch das Wort „insbesondere" in der angeführten Gesetzesstelle angedeutet wird, sollten durch diese nur die wichtigsten Befugnisse des Handlungsreisenden im Interesse der Sicherheit des Verkehres festgestellt werden.

Die Frage, welche Befugnisse dem Handlungsreisenden, welcher Handlungsbevollmächtigter ist, außer den im zweiten Satze des Art. 49 genannten zustehen, ist daher lediglich nach dem Art. 47 des Handelsgesetzbuches zu beurtheilen [1].

[1] Hahn, Kommentar Bd. I, S. 133; Makower, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., S. 50 Note 15 lit. b; Endemann, Handelsrecht S. 140; Busch, Archiv Bd. II, S. 63 ff., Bd. VII, S. 84 ff.; Entscheidung des H.A.G. Nürnberg vom 10. März 1865 in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XI, S. 155; deßgl. des A.G. Zwickau vom 29. Januar 1867 in Busch's Archiv Bd. XI, S. 460 ff.; deßgl. des R.O.H.G. in der Sammlung der Entscheidungen desselben Bd. IV, S. 30) ff., Bd. VI, S. 401 ff.

Nach dem letzteren Artikel, welcher gemäß Art. 49 auch auf Handlungsreisende, die zugleich Handlungsbevollmächtigte sind, Anwendung findet, erstreckt sich die Vollmacht eines solchen Reisenden auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche die Ausführung der Geschäfte, zu welchen der Reisende im Handelsgewerbe seines Prinzipals bestellt ist, gewöhnlich mit sich bringt. Letztere Geschäfte bestehen in dem Abschluß von Kaufverträgen mit auswärtigen Abnehmern des Prinzipals. Die Ausführung dieser dem Handlungsreisenden überlassenen Art von Geschäften begreift, wie schon der Ausdruck Ausführung beweist und wie der Abs. 2 des Art. 47, der nur für die dort genannten Handlungen eine Spezialvollmacht verlangt, sowie der 2. Satz des Art. 49, der die daselbst bezeichneten Befugnisse nur beispielsweise aufführt, ergibt, nicht nur den Vertragsabschluß, sondern alle Handlungen in sich, welche die Abwicklung der mit den auswärtigen Abnehmern des Prinzipals geschlossenen Kaufverträge nach dem gewöhnlichen Geschäftsverkehre mit sich zu bringen pflegt. Zu dieser Abwicklung gehört auch die Entgegennahme von Erklärungen der Käufer über die Beschaffenheit der diesen übersandten Waare nach Maßgabe des Art. 347 des Handelsgesetzbuches. Denn wenn der Käufer die hier vorgeschriebene Anzeige von der Mangelhaftigkeit der Waare macht, so gilt die letztere als nicht empfangen, der Kaufvertrag ist nicht erfüllt. Es bildet daher dem Obigen zufolge eine Obliegenheit und Befugniß des Reisenden, für die Beseitigung der Hindernisse, welche dem Vollzug des Vertrages entgegenstehen, möglichst Sorge zu tragen und zu diesem Zwecke auch die Ausstellungen des Empfängers entgegenzunehmen und zur sofortigen Kenntniß des Prinzipals zu bringen. Diß ist um so natürlicher, als der Reisende durch seine Anwesenheit an Ort und Stelle besser, als der Prinzipal in der Lage ist, sich von der Beschaffenheit der Waare zu überzeugen, um hierüber dem Prinzipal die geeigneten Mittheilungen zu machen und auf diese Weise unter Umständen am raschesten

die Erledigung der obschwebenden Differenzen zu veranlassen.

Die Einräumung gedachter Befugniß entspricht auch der Tendenz, welche den Gesetzgeber bei Regulirung der Rechte der Handlungsreisenden im Art. 49 des Handelsgesetzbuches geleitet hat, nämlich der Erleichterung des Verkehres im Interesse des mit dem Handlungsreisenden kontrahirenden Publikums [2]. Dem letzteren diese Erleichterung in der in Rede stehenden Beziehung nicht zu gewähren, liegt um so weniger eine Veranlassung vor, als die Entgegennahme von Dispositionsstellungen durch den Geschäftsreisenden, wofern derselbe, was seine Verpflichtung ist, dem Prinzipal unverzüglich hievon Anzeige macht, für denselben keinen Nachtheil mit sich bringt, vielmehr, wie bereits bemerkt, dessen Interesse entspricht. Jedenfalls ist die Entgegennahme von Dispositionsstellungen eine Handlung, welche im Vergleiche zu den im Art. 49 dem Handlungsreisenden eingeräumten Befugnissen und dem demselben nach der kaufmännischen Uebung schon gewährten Rechte zu Nachlässen und Vergleichsabschlüssen [3] von untergeordneter Bedeutung für den Prinzipal ist und daher von diesem um so mehr seinem Reisenden überlassen werden kann.

Die angegebenen Gründe sprechen aber dafür, dem Handlungsreisenden das Recht und die Pflicht der Entgegennahme von Dispositionsstellungen bezüglich aller in dem Geschäftsbezirke des Reisenden für das Handelsgewerbe des Prinzipals, also auch bezüglich der von diesem selbst abgeschlossenen Kaufverträge einzuräumen. Denn die kaufmännische Uebung, welche bei der Ermittelung der Vollmacht des Handlungsreisenden vornämlich in's Auge zu fassen ist [4], betrachtet den Letzteren überhaupt als Vermittler zwi-

---

[2] Busch, Archiv Bd. VII, S. 86; Goldschmidt, Zeitschrift Bd. XIV, S. 517.

[3] Goldschmidt, Zeitschrift Bd. XI, S. 254 ff.; Entscheidung des R.O.H.G. Bd. VI, S. 400 ff.

[4] Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. VI, S. 401.

schen dem Prinzipal und dessen Abnehmern in Betreff jener Kaufverträge und ermächtigt daher denselben insbesondere auch zum Einzug sämmtlicher innerhalb seines Geschäftsbezirkes vorhandenen Ausstände seines Prinzipals [5].

Kann hienach dem Geschäftsreisenden und zumaligen Handlungsbevollmächtigten mit für den Prinzipal verbindlicher Wirkung zur Disposition gestellt werden, so ist es unerheblich, ob der Reisende dem Geschäftsherrn die Dispositionsstellung auch übermittelt hat. Denn war der Reisende zur Entgegennahme der Dispositionsstellung ermächtigt, so hat der Käufer der ihm nach Art. 347 des Handelsgesetzbuches obliegenden Verpflichtung genügt, wenn er die daselbst vorgeschriebene Anzeige an den Reisenden des Verkäufers machte, und es hat Letzterer die Gefahr zu tragen, wenn ihm der Reisende mit Hintansetzung seiner Pflicht etwa von jener Anzeige keine Kenntniß gegeben haben sollte.

Nicht in Betracht kommt es, wenn der Reisende den Käufer wegen der Beanstandung der Waaren an sein Haus gewiesen haben sollte. Denn da der Reisende zur Entgegennahme der Anzeige verpflichtet ist, kann er solche nicht ablehnen.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 3. Mai 1873 in der Berufungssache Freund c. Knoderer.**

## 44) Wirkung der Bestellung eines Prokuristen für eine in Liquidation befindliche Handelsgesellschaft.

Die unter der Firma Murschel und Cie. bestandene offene Handelsgesellschaft löste sich in Folge des über einen

---

[5] Zu vrgl. Gareis, Stellung zur Disposition S. 90; Anschütz und Völderndorff, Kommentar, Bd. I, S. 366 ff., 370; Auerbach, Handelsgesetz Bd. I, S. 72, Bd. II, S. 121; O. Wächter, Handelsrecht Bd. I, S. 66; Treitschke, Kaufkontrakt, 2. Aufl. S. 114; Busch, Archiv Bd. II, S. 65, 67; Bd. VII, S. 83 ff., Bd. XV, S. 320 ff.; Bd. II, S. 167 ff.; Bd. V, S. 310 ff.; Bd. XI,

der Gesellschafter ausgebrochenen Gantes auf, worauf von den sämmtlichen bisherigen Gesellschaftern behufs der Liquidation zwei Liquidatoren bestellt wurden und neben denselben mit ihrer Einwilligung als Prokurist der in Liquidation befindlichen Firma C. L. Eckhardt und zwar im Sinne der bezüglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches gewählt wurde. Beides wurde in das Handelsregister eingetragen. Auf Grund dessen stellte Eckhardt mit der Unterschrift „p. p. Murschel und Cie. Eckhardt in Liquidation" eine Reihe von Wechseln an die Ordre des Spar- und Kreditvereines in U. aus, welche von diesem weiter begeben wurden, schließlich aber mit Protest Mangels Zahlung an denselben zurückkamen. Der Spar- und Kreditverein erhob nun Regreßklage gegen die Theilhaber der Firma Murschel und Cie. in Liquidation, es wurde jedoch von diesen eingewendet, daß die Wechselerklärungen des Eckhardt für sie nicht verbindend seien, weil die Bestellung des Eckhardt zum Prokuristen der in Liquidation befindlichen Firma unstatthaft und darum ohne rechtliche Wirkung gewesen, und weil Eckhardt, wenn er je als Handlungsbevollmächtigter betrachtet werden könnte, als solcher zur Ausstellung von Wechseln nicht ermächtigt gewesen sei und es überdieß an der Voraussetzung fehlen würde, daß die Beendigung schwebender Geschäfte Zweck der Wechselausstellung gewesen sei.

Die Entscheidungsgründe zu dem Urtheil des Landes-Oberhandelsgerichtes enthalten hierüber Folgendes:

Für eine bereits aufgelöste und in Liquidation befindliche Gesellschaft kann ein Prokurist im Sinne des Handelsgesetzbuches giltiger Weise nicht bestellt werden.

Nach dem Gesetze erfolgt die Liquidation, welche nach Auflösung der Gesellschaft außer dem Falle des Konkurses derselben einzutreten hat, durch die Liquidatoren, seien dieß

S. 379 ff.; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. IV, S. 298 ff.; Bd. V, S. 105 ff.; Bd. VI, S. 400, Bd. VII, S. 115 ff.; Löhr, Centralorgan N. F. Bd. II, S. 53 ff.

nun die sämmtlichen bisherigen Gesellschafter, beziehungsweise deren Vertreter oder andere Personen, welchen durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag die Liquidation übertragen ist, oder welche durch den Richter zu Liquidatoren ernannt sind (Art. 133 ff. des H.G.B.). Wesen und Zweck der Liquidation ist lediglich die Abwicklung der während des Bestehens der Gesellschaft eingegangenen Geschäfte und die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern; der Umfang der Geschäftsbefugnisse der Liquidatoren ist, dem Wesen und Zwecke der Liquidation entsprechend, beschränkt, neue Geschäfte, welche nicht zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangen werden, sind von dem Kreise ihrer Befugnisse ausgeschlossen (Art. 137 des H.G.B.). Die Prokura dagegen ist die Vollmacht, das Handelsgeschäft des Prinzipals in dessen Namen und für dessen Rechnung zu betreiben und pro procura die Firma zu zeichnen, sie ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, und eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Prokura, insbesondere die Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften gelte, hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung (Art. 41—43 des H.G.B.). Liquidation und Prokura schließen sich demnach begriffsmäßig aus. Die Unbeschränkbarkeit der Prokura ist mit dem Wesen und Zweck der Liquidation und mit der hieraus fließenden Beschränktheit der Befugnisse der Liquidatoren, durch welche die Liquidation zu erfolgen hat, nicht verträglich. Die Bestellung eines Prokuristen neben den Liquidatoren würde zu dem Widerspruch führen, daß der den Liquidatoren beigegebene Prokurist dritten Personen gegenüber weitere Befugnisse hätte, als die Liquidatoren, deren Stelle er zu vertreten hätte [1].

[1] Vrgl. Kräwel in Busch's Archiv Bd. IV, S. 65, 67; Keißner in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X, S. 345; An-

Der Bestellung des Eckhardt zum Prokuristen der in Liquidation befindlichen Firma kann daher nicht die Wirkung beigelegt werden, daß er als Prokurist im Sinne des Handelsgesetzbuches zu betrachten wäre und seine Bestellung hätte in das Handelsregister gar nicht eingetragen werden sollen.

Aus der Ungiltigkeit der Ertheilung der Prokura als solcher folgt jedoch nicht, daß Eckhardt ohne alle Vollmacht war.

Indem die Gesellschafter den Eckhardt zum Prokuristen der Liquidationsfirma bestellten, gieng ihre Absicht zum mindesten dahin, den Eckhardt zur Vornahme der zur Liquidation gehörigen Geschäfte zu ermächtigen: in der gewollten Prokura war jedenfalls diese Vollmacht geringeren Umfangs als gewollt mit enthalten. Die Ertheilung dieser Vollmacht geringeren Umfangs (einer Handlungsvollmacht im Sinne des Art. 47 des H.G.B.) war auch im Stadium der Liquidation statthaft, indem die Gesellschafter durch das Gesetz nicht gehindert waren, durch einstimmigen Beschluß den Liquidatoren einen Handlungsbevollmächtigten beizuordnen, welcher neben diesen und innerhalb der Grenzen des Umfangs der den Liquidatoren zukommenden Befugnisse (Art. 137 des H.G.B.) die Liquidationsfirma nach außen zu vertreten ermächtigt sein sollte. Der Ertheilung der Prokura an Eckhardt ist daher wenigstens die Wirkung einer für die zur Liquidation gehörigen Geschäfte ertheilten Handlungsvollmacht beizulegen [2].

Nun ist zwar der Handlungsbevollmächtigte zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugniß besonders ertheilt ist (Art. 47 Abs. 2 des H.G.B.). Allein diese besondere Ermächtigung,

---

schütz und Völderndorff, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. II, S. 312.

[2] Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Bd. I, S. 42; Puchelt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch S. 26; Anschütz und Völderndorff, a. a. O. Bd. I, S. 76 ff.

welche auch thatsächlich ertheilt werden kann [3], ist gerade darin zu finden, daß Eckhardt sogar zum Prokuristen „im Sinne der bezüglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches“ bestellt werden wollte. Eckhardt ist daher nicht nur als giltig bestellter Handlungsbevollmächtigter der Liquidationsfirma, sondern auch als ein solcher Handlungsbevollmächtigter zu betrachten, welcher von sich und innerhalb der Grenzen des Geschäftskreises der Liquidation (Art. 137 des H.G.B.) zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten ermächtigt war.

Hienach konnte aber Eckhardt gleich den Liquidatoren neue Geschäfte nur zu Beendigung schwebender Geschäfte eingehen; er war daher zur Ausstellung der eingeklagten Wechsel nur unter der Voraussetzung ermächtigt, daß diese Wechsel zum Zweck der Beendigung schwebender Geschäfte ausgestellt wurden. Hat er die Ausstellung der Wechsel zu anderen Zwecken vorgenommen, so hat er seine Vollmacht überschritten und die Firma wurde durch seine Wechselerklärungen nicht verpflichtet. Der Kläger hatte daher bei Erwerbung der Wechsel, um sicher zu gehen, nach dem Zweck ihrer Ausstellung sich zu erkundigen, und er ist gegen die Einwendung der Beklagten, daß Eckhardt die Vollmacht überschritten habe, nur dann geschützt, wenn er der ihm obliegenden Erkundigungspflicht in genügender Weise nachgekommen und auch bei Anwendung der gehörigen kaufmännischen Sorgfalt zu der Annahme berechtigt war, daß die Ausstellung und Indossirung der Wechsel zur Beendigung schwebender Geschäfte vorgenommen worden sei [4].

Was die Beweislast in dieser Beziehung betrifft, so ist zur Begründung der Klage erforderlich, daß Eckhardt durch seine Vollmacht zur Ausstellung der eingeklagten Wechsel gegenüber von Dritten ermächtigt gewesen sei, und da dieser durch seine Vollmacht zum Eingehen neuer Wech-

[3] Vergl. die Nürnberger Protokolle S. 952.

[4] Thöl, Handelsrecht § 31 b; Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. II, S. 303.

selverbindlichkeiten nicht schlechthin, sondern nur unter einer gewissen Voraussetzung (zum Zwecke der Beendigung schwebender Geschäfte) ermächtigt war, so gehört es zur Begründung der Klage, daß diese Voraussetzung bei Ausstellung der Wechsel vorhanden gewesen sei. Die Einwendung der Beklagten, daß Eckhardt die Vollmacht überschritten habe, sofern die Wechsel nicht zur Beendigung schwebender Geschäfte bestimmt gewesen seien, erscheint daher nur als die Verneinung einer zum Klagegrund gehörigen Thatsache und es ist somit Sache des Klägers, darzuthun, entweder daß die Geschäfte zur Beendigung schwebender Geschäfte bestimmt gewesen seien, oder wenigstens daß er die ihm obliegende Erkundigungspflicht in genügender Weise ausgeübt habe und hienach jedenfalls berechtigt gewesen sei, die Wechselgeschäfte für Abwicklungsgeschäfte zu halten. Die Wechselregreßklage wurde abgewiesen, weil es an diesem Nachweise fehle.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 6. September 1873 in der Berufungssache Spar- u. Kreditverein Ulm c. Murschel u. Cie. in Liquidation.**

Gegen das vorstehend mitgetheilte Urtheil ist Nichtigkeitsklage an das Reichsoberhandelsgericht erhoben worden, indem insbesondere der Nichtigkeitsgrund der Ziff. 15 des Art. 733 der C.P.O. als zutreffend behauptet und zu Begründung dieser Behauptung geltend gemacht wurde, es könne auch für eine bereits aufgelöste und in Liquidation befindliche Gesellschaft ein Prokurist im Sinne des Handelsgesetzbuches giltiger Weise bestellt werden, während das Landes-Oberhandelsgericht diesen Rechtssatz verneine und ebendadurch denselben verletze. Zudem sei es nicht richtig, daß der Kläger zu beweisen habe, es hätten die von Eckhardt eingegangenen Wechselverpflichtungen als Abwicklungsgeschäfte gedient. Das Reichsoberhandelsgericht hat jedoch durch Urtheil vom 6. Mai 1874 die Nichtigkeitsklage als ungegründet verworfen und ist in den Entscheidungsgründen hierüber bemerkt:

Die Gesellschafter, welche die Auflösung der Gesellschaft und die Liquidation beschließen, können für die Firma in Liquidation einen Prokuristen im Sinne des Handelsgesetzbuches, d. h. mit der vom Handelsgesetzbuch begriffsmäßig dem Prokuristen beigelegten Vollmacht giltig nicht bestellen. Nach Art. 42 des Handelsgesetzbuches ist der Prokurist ermächtigt zu allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes überhaupt, objektiv betrachtet, mit sich bringt, also ganz abgesehen von denjenigen Geschäften und Rechtsakten, zu welchen etwa in beschränkterem Umfang das konkrete Handelsgewerbe Veranlassung gibt, und nach Art. 43 hat eine Beschränkung des Umfangs der in Art. 42 durch das Gesetz selbst den Prokuristen beigelegten unbeschränkten Vollmacht dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung, was namentlich von der Beschränkung der Prokura auf gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften gilt.

Der Beschluß der Gesellschafter, daß die Gesellschaft aufgelöst sein und die Liquidation erfolgen solle, enthält die Erklärung, daß fortan nur mehr die zur Liquidation gehörigen Handlungen Namens der Firma vorgenommen, das bisher betriebene Handelsgewerbe nicht mehr betrieben werden sollen. Die zur Liquidation gehörigen Handlungen aber stellt das Handelsgesetzbuch Art. 137 fest, sie beschränken sich dieser gesetzlichen Bestimmung zufolge auf Beendigung der laufenden Geschäfte, Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschaft, Einziehung der Forderungen und Versilberung des Vermögens derselben und Einziehung neuer Geschäfte zu Beendigung schwebender Geschäfte.

Demnach geben die Gesellschafter, welche die Gesellschaft auflösen und die Liquidation beschließen, daneben aber einen Prokuristen der in Liquidation befindlichen Firma bestellen, eine in sich selbst widersprechende Erklärung.

Nach ihrer Erklärung wollen sie lediglich noch Abwicklung der bis zur Auflösung der Gesellschaft aus dieser

entstandenen Rechtsverhältnisse und Beschränkung der Vertreter der Gesellschaft auf die für diesen Zweck erforderlichen, im Gesetze bestimmten Geschäfte, gleichzeitig aber bestellen sie einen Prokuristen, also einen Vertreter der auf jene Geschäfte beschränkten Gemeinschaft, welcher gesetzlich zu allen Geschäften ermächtigt ist, die überhaupt der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt; sie würden mithin beschließen, das Handelsgeschäft solle in bisheriger Weise nicht fortgeführt, sondern liquidirt werden, zugleich aber, es könne durch den Prokuristen fortgeführt werden. Die Bestellung eines Prokuristen ist hienach mit dem thatsächlich zur Ausführung gekommenen Beschlusse der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft unvereinbar, daher als solche rechtsunwirksam; sie kann nach dem Willen der Gesellschafter, welche dem für die in Liquidation tretende Gesellschaft ernannten Vertreter den Namen eines Prokuristen beigelegt haben, vernünftiger Weise nur als Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten der Liquidationsfirma mit allen Befugnissen eines Liquidators aufrecht erhalten werden.

Demgemäß hat das Landes-Oberhandelsgericht ausgesprochen, Eckhardt sei als Handlungsbevollmächtigter zu betrachten und habe demgemäß auch Vollmacht gehabt, Wechsel auszustellen und zu indossiren, aber allerdings als Bevollmächtigter einer Liquidationsfirma nur in beschränktem Umfange, nämlich nur behufs Beendigung schwebender Geschäfte.

Daß die von Eckhardt eingegangenen Wechselgeschäfte als Abwicklungsgeschäfte gedient haben, hat der Kläger zu beweisen.

Die Ausstellung und Indossirung von Wechseln durch den Vertreter einer in Liquidation befindlichen Firma ist rechtlich, nämlich im Sinne des Handelsgesetzbuchs Art. 137 ein neues Geschäft. Davon geht das Landes-Oberhandelsgericht aus und dieser rechtliche Ausgangspunkt ist mit der Richtigkeitsklage nicht angegriffen. Der Vertreter einer in

Liquidation befindlichen Firma darf aber nach Art. 137 auf neue Geschäfte eingehen nur zur Beendigung schwebender Geschäfte, also der Regel nach darf er neue Geschäfte nicht eingehen. Aus diesem Verhältniß von Regel und Ausnahme folgt, daß Derjenige, welcher Ansprüche aus einer von dem Vertreter einer in Liquidation befindlichen Firma in deren Namen eingegangenen Wechselverpflichtung erhebt, beweisen muß entweder, daß die Wechsel zur Beendigung schwebender Geschäfte bestimmt gewesen seien, oder, daß er trotz Erfüllung der ihm obliegenden Erkundigungspflicht berechtigt gewesen sei, anzunehmen, die Wechselverpflichtung sei eingegangen zur Beendigung schwebender Geschäfte. Denn Derjenige, welcher geltend macht, ein von dem Vertreter einer Liquidationsfirma eingegangenes neues Geschäft sei eingegangen zur Beendigung schwebender Geschäfte, macht die Ausnahme geltend, hat die Regel gegen sich und ist eben deßhalb beweispflichtig.

### 45) Empfangnahme von Zahlungen durch einen Agenten.

Im Sommer 1859 hatte der Tuchmacher Bühr in M. bei dem Agenten des Kaufmanns Debyn in Verviers, Friedrich Kunz, eine Parthie Wolle zum Preise von 510 fl. bestellt, diese Wolle auch erhalten und die fakturirte Summe am 24. Oktober 1869 an Kunz bezahlt, der aber das Geld an Debyn nicht abgeliefert hat. Debyn belangte daher, da er die Zahlung an seinen Agenten nicht anerkannte, den Bühr bei dem Kreisgerichte auf Bezahlung des Kaufpreises von 510 fl. nebst Zinsen, während der Beklagte behauptete, daß Kunz zur Empfangnahme der Zahlung ermächtigt gewesen sei. Die Klage wurde von dem Kreisgerichte abgewiesen und dieses Urtheil von dem Landesoberhandelsgerichte bestätigt. In den Gründen zu dem bestätigenden Urtheil ist gesagt:

Einem Agenten kommt an und für sich die Befugniß zur Empfangnahme von Zahlungen nicht zu, weßhalb dem

Beklagten die Beweisführung, daß er gleichwohl an Kunz zu zahlen befugt gewesen, obliegt. Der Unterrichter hat den Beweis als erbracht angenommen, daß dem Kunz die allgemeine und für den speziellen Fall nicht zurückgenommene Ermächtigung zur Empfangnahme der aus den von ihm vermittelten Verkaufsgeschäften geschuldeten Zahlungen von dem Kläger um die Zeit des 24. Oktober 1869 ertheilt gewesen sei, und auf diese Thatsache der Bevollmächtigung könnte unzweifelhaft der Beklagte sich berufen. Wollte aber auch angenommen werden, daß aus der vorgelegten Korrespondenz eine solche allgemeine Ermächtigung des Kunz nicht ersichtlich sei, so hat doch der Kläger die Zahlungsleistung des Beklagten an Kunz darum für sich anzuerkennen, weil zur Zeit seiner Zahlungsleistung der Beklagte bei Kunz diese Ermächtigung seitens des Klägers zum Zahlungsempfang vorauszusetzen unter den vorhandenen Umständen befugt war ..... Der Kläger war daher, falls er in der That dem Kunz eine allgemeine Inkassovollmacht nicht ertheilt hatte, durch die Handelssitte verpflichtet, dem Beklagten für die Zahlung des neuen Schuldpostens eine präzise Vorschrift, direkt zu bezahlen, zu ertheilen ... Die Außerachtlassung der im Handelsverkehre herrschenden Gewohnheit genügt aber in diesem Falle (vrgl. Art. 279 des Handelsgesetzbuches), die entstandene nachtheilige Folge dem Kläger selbst zuzuschreiben [1].

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 9. November 1871 in der Berufungssache Debyn c. Bühr.**

## 46) Uebernahme eines Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven; Wirkung für die Gläubiger.

Emanuel Murr hatte bis zum 16. November 1869 mit seinem Sohne Louis Murr in offener Handelsgesell-

[1] Goldschmidt, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XIV, S. 519 ff.; vrgl. auch Bd. I, S. 153; Busch, Archiv für Handelsrecht Bd. VIII, S. 15; Bd. IX, Seite 308; Bd. XII, S. 382 ff.

schaft unter der Firma „Emanuel Murr" ein Manufakturwaarengeschäft betrieben. Um die Zeit des 16. November 1869 versandten Emanuel und Louis Murr an die Geschäftsfreunde und Geschäftsgläubiger ein von diesem Tage datirtes Zirkulär, in welchem gesagt war, daß Emanuel Murr das bisher mit seinem Sohne gemeinschaftlich betriebene Manufakturgeschäft diesem mit allen Aktiven und Passiven übergeben habe und Louis Murr das Geschäft in unveränderter Weise unter der Firma „Emanuel Murr Sohn" für alleinige Rechnung fortbetreiben werde. Als nun in der Folge ein Geschäftsgläubiger aus der Zeit vor dem 16. November 1869, welcher das Zirkulär auch erhalten hatte, ohne es jedoch zu beantworten, auf Grund des Art. 112 des Handelsgesetzbuches wegen der Geschäftsschuld der vormaligen Firma den Emanuel Murr in Anspruch nahm, bestritt dieser nicht, als Theilhaber der vormals unter der Firma „Emanuel Murr" betriebenen offenen Handelsgesellschaft dem Kläger für die eingeklagten Beträge solidarisch haftbar geworden zu sein, behauptete jedoch, von dieser seiner solidarischen Haftbarkeit wieder frei geworden zu sein, da der Kläger durch die Nichtbeantwortung des am 16. November 1869 erlassenen Zirkulärs und durch sein nachgefolgtes Benehmen, sofern zunächst Louis Murr auf Zahlung von ihm belangt worden sei, diesen als Alleinschuldner angenommen habe.

Diese Einwendung wurde nicht für begründet erachtet und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Landesoberhandelsgerichtes:

Es besteht kein Zweifel darüber, daß an und für sich die aus dem Zirkulär ersichtliche Uebereinkunft des Beklagten mit seinem Sohne Louis Murr, daß die unter der Firma „Emanuel Murr" bestandene Handelsgesellschaft aufgelöst und das Handelsgeschäft mit allen Aktiven und Passiven auf Louis Murr zur Weiterbetreibung unter der Firma „Emanuel Murr Sohn" übertragen sein solle, als ein im Verhältniß zu den Gesellschaftsgläubigern einseitiger

Akt an deren Rechten gegenüber dem Beklagten Nichts ändern konnte. Es hat aber auch die Bekanntgebung dieser Uebereinkunft an den Kläger in Verbindung mit der Unterlassung der Geltendmachung eines Vorbehaltes und dem nachgefolgten Verhalten des Klägers eine Aenderung hieran nicht hervorgebracht. Im vorliegenden Falle hätte es für den Kläger nicht um Neuerwerbung von Rechten gegen die neue Firma „Emanuel Murr Sohn“ [1] — da bereits deren Inhaber Louis Murr für den ganzen Betrag wie der Beklagte haftete und von dem Vermögen der Einzelfirma „Emanuel Murr Sohn“ sein Vermögen nicht zu unterscheiden ist — sich handeln können, es hätte vielmehr rein um den Verzicht des Klägers auf seine Rechte gegen den Beklagten sich gehandelt. Nun gibt aber das Zirkulär, wie es lautet, nur die Benachrichtigung von dem vergangenen Thatumstand, daß dem das Geschäft allein übernehmenden Louis Murr die Abtragung der vorhandenen Geschäftsschulden anbedungen worden sei. Dagegen fehlt jede Andeutung eines an den Kläger und die Gläubiger überhaupt gestellten Ansinnens, auf die Gläubigerschaft gegen den Beklagten zu verzichten und dießfalls eine Erklärung abzugeben: es hat somit die Behauptung des Beklagten, er habe mittelst Erlassung des Zirkulärs die Passiven der Gesellschaft von sich auf die neue Firma überzuwälzen beabsichtigt, in der Ausdrucksweise der erlassenen Ankündigung lediglich keine Unterstützung, noch weniger berechtigt diese Ausdrucksweise zu der weiter von dem Beklagten aufgestellten Annahme, daß der Kläger über seine, des Beklagten, Absicht, einen Verzicht des Klägers auf seine Haftbarkeit herbeizuführen, nicht habe im Zweifel sein können. Nicht abzusehen aber ist, wie gleichwohl, wie behauptet ist, vermöge der Anschauung des Handelsverkehrs ein so abgefaßtes Zirkulär bei so bewandten Umständen als Ausdruck

---

[1] Vrgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Sammlung der Räthe Bd. I, S. 62; Bd. IV, S. 5.

der Willensmeinung des austretenden Gesellschafters, seiner durch Art. 146 des Handelsgesetzbuches geregelten Haftbarkeit für die Geschäftsschulden entlassen zu werden, verstanden werden müßte. Selbstverständlich kann die Uebereinkunft der Uebernahme der sämmtlichen Aktiven und Passiven des Handelsgeschäftes und die Benachrichtigung der Gläubiger von dieser Uebereinkunft aus verschiedenen Veranlassungen und zu verschiedenen Zwecken erfolgen. Im vorliegenden Falle hätte in Folge des übereinkunftmäßigen Austritts des Beklagten aus der Handelsgesellschaft nach Art. 133 des Handelsgesetzbuches die Liquidation der aufgelösten Gesellschaft in der durch das Handelsgesetzbuch vorgeschriebenen Weise vorgenommen werden müssen und diese Liquidation ist durch die Veräußerung des Geschäftes mit allen Aktiven und Passiven an den anderen Theilhaber abgewendet worden [1]. War auch zu dieser Abwendung der Liquidation die Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger nicht erforderlich, so lag doch deren Benachrichtigung hievon im wohlverstandenen Interesse des Beklagten und des neuen Geschäftsinhabers.

Es liegt hienach kein Beweis vor, daß der Beklagte mit Ausgabe des Zirkulärs dem Kläger die Verzichtleistung auf seine Ansprüche gegen ihn anzusinnen beabsichtigt habe, noch weniger kann angenommen werden, daß der Kläger in dessen Uebersendung ein solches Ansinnen habe erkennen müssen und nicht vielmehr hierin eine zu keinerlei Erwiderung veranlassende Mittheilung darüber, in welcher Weise bereits auf Befriedigung ihrer unverkümmerten Rechte Bedacht genommen sei, mit Fug erblickt habe. Alsdann ist aber die Nichtbeantwortung des Zirkulärs durch den Kläger und sein nachgefolgtes Verhalten (in Wahrheit kann Beklagter für sich nur die Honorirung der auf die alte Firma gezogenen Wechsel durch Louis Murr, seine fernere

---

[1] **Hahn**, Kommentar zum H.G.B. Bd. I, S. 314, 330; **Auerbach**, Gesellschaftswesen S. 108 ff.; **Keyßner** in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X, S. 390.

theilweise Abtragung der alten Geschäftsschulden, die zuletzt an ihn ergangene Mahnung zur Zahlung und die vorbehaltlose Erhebung der Schuldklage gegen Louis Murr anführen), offenbar bedeutungslos und bedarf es nicht noch der Feststellung, ob das Schweigen des Klägers als solches, in Verbindung mit dem erwähnten nachherigen Verhalten als Zustimmung zur Entlassung des Beklagten von seiner Schuldverbindlichkeit ausgelegt werden darf. Doktrin und Praxis stehen übrigens für Fälle der vorliegenden Art einer solchen Annahme keineswegs zur Seite [3].

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 6. April 1872 in der Berufungssache Schlieper und Baum c. Murr.**

### 47) Offerte auf umgehende Zusage und so lange frei.

Das Bankhaus Gebr. G. in H. stellte in einem Briefe vom 21. Februar 1870 an den Bankier Louis Sch. in St. das Ansuchen: „Belieben Sie uns weitere 50 Stück Madrider 100 Franks-Loose anzustellen." Louis Sch. schrieb am 21. Febr. zurück: „offerire Ihnen 50 Stück Madrider Loose à 20³/₄ auf umgehende Zusage und so lange frei." Gebr. G., welchen dieses Schreiben am 22. Februar Morgens 8 Uhr zukam, antworteten mittelst Telegramms, das am 22. Februar Vormittags 9 Uhr 13 Min. dem Louis Sch. behändigt wurde: „weiter offerirte 50 Stück Madrider Loose 20³/₄ acceptiren ebenfalls und bitten weitere 25 Stück zu offeriren." Louis Sch. erwiderte mittelst eines in St.

---

[3] Vrgl. Parere der Handelskammer zu Frankfurt a. M. vom 29. November 1858 in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. IV, S. 138 ff.; Entscheidung des Obertribunals vom 6. Juli 1853 in Seuffert's Archiv Bd. VII, Nro. 21; Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 25. April 1870 in Busch's Archiv Bd. XVII, S. 275; ferner ebendaselbst Bd. I, S. 29; Auerbach, a. a. O. S. 110; Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. I, S. 195; Endemann, Handelsrecht § 17 Note 37; Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen Heft I, S. 95.

am 22. Februar Nachmittags 2 Uhr 36 Minuten aufgegebenen und um 2 Uhr 53 Minuten deſſ. Tags in H. angekommenen Telegramms: „habe Nichts mehr abzugeben, bin ſelbſt Käufer.“ Die Gebr. G. verſtanden dieß nur bezüglich der in ihrem Telegramm weiter gewünſchten 25 Stück und baten mit Schreiben vom 22. Februar um Zuſendung der 50 Stück à 20¾, worauf Louis Sch. am 23. Februar brieflich antwortete, daß dieß ein Mißverſtändniß ſeines Telegramms ſei und er von den den Gebr. G. auf Freibleiben angeſtellten 50 Stück Madrider Looſen à 20¾ Nichts mehr abzugeben habe, vielmehr ſelbſt Käufer ſei. Dieß veranlaßte die Gebr. G. gegen Louis Sch. Klage auf Lieferung von 50 Stück Madrider Looſen à 20¾ fl. und auf Erſatz des wegen verſpäteter Lieferung etwa entſtehenden Schadens zu erheben.

Zur Begründung der Klage wurde geltend gemacht, daß der Zuſatz in der Offerte des Beklagten den Sinn habe, daß umgehende Antwort verlangt werde, der Offerent jedoch bis zum Eintreffen der Antwort nicht gebunden ſein wolle. Nun habe der Beklagte vor dem Eintreffen der Antwort weder ſeine Offerte zurückgezogen, noch anderwärts über die Looſe verfügt gehabt. Mit dem Eintreffen der Annahmeerklärung aber ſei der Vorbehalt des Freibleibens erloſchen, oder hätte doch der Beklagte mindeſtens ſofort nach Empfang des Telegramms widerrufen müſſen. Der Beklagte dagegen machte geltend, daß ihm auch nach Einlauf der Annahmeerklärung die Zurücknahme der Offerte freigeſtanden ſei.

In Gutachten, welche über die Bedeutung des der Offerte beigefügten Zuſatzes: „auf umgehende Zuſage und ſo lange frei“ eingeholt wurden, äußerten ſich

1) das Bankhaus Stahl und Federer in Stuttgart: es könne die unbedingt beginnende und bedingt endende Offerte des Beklagten nicht gerade als eine ganz gewöhnliche bezeichnet werden; vielleicht habe der Beklagte dadurch baldige Entſcheidung herbeiführen und doch freie Hand be-

halten wollen; vielleicht habe er auch bereut, seine Offerte zu bestimmt gestellt zu haben und habe nachträglich „und so lange frei" beigesetzt. Durch diesen Beisatz habe aber der Beklagte das Recht, die offerirten Papiere, wenn er einen höheren als den offerirten Kurs selbst unmittelbar nach Abgang seines Schreibens dafür erzielen könne, abzugeben, nach kaufmännischer Auffassung sich gewahrt und sei er daher seine Offerte zu halten nicht gebunden. Der Ordnung gemäß wäre es indeß gewesen, die Kläger alsbald hievon in Kenntniß zu setzen; daß der Beklagte zwischen Empfang und Beantwortung des Telegramms 5 Stunden habe verstreichen lassen, erscheine nicht gerechtfertigt.

2) die Rentenanstalt in Stuttgart ging im Wesentlichen davon aus: die Worte „und so lange frei" seien gleichbedeutend mit dem häufigen Ausdruck „freibleibend" und haben den Sinn: „wenn ich die offerirte Waare bei Empfang rechtzeitiger Antwort noch besitze," oder: „bis zum Empfang umgehender Antwort halte ich mir das Verfügungsrecht frei." Es werde zugegeben, daß der Beklagte noch bei Empfang des Telegramms der Kläger nach kaufmännischem usus sich habe entscheiden können, ob er selbst wieder Käufer für die Loose sei, d. h. sie behalten wolle oder nicht; eine längere Frist zur Entscheidung habe er aber ohne Beschädigung der Besteller nicht verstreichen lassen und keinesfalls mit seiner Antwort über 5 Stunden, und zwar über die Börsenzeit hinaus, warten dürfen.

3) die K. Hofbank in Stuttgart äußerte sich dahin: nach der im Bankverkehre angenommenen usance wolle ein Offerent, der Werthpapiere nach auswärts mit der Bezeichnung „so lange frei" oder „freibleibend" anstelle, sich dadurch das Recht wahren, seine Effekten bis zum Empfang der Antwort seines Korrespondenten und ohne dessen Entscheidung abzuwarten, anderseits zu verwenden und zu verkaufen. Auf der andern Seite dürfe aber auch der acceptirende Korrespondent eine prompte Antwort erwarten. Es

werde daher nicht richtig gewesen sein, daß der Beklagte erst nach Ablauf der Mittagbörse um 2 Uhr 36 Minuten die um 9 Uhr 13 Minuten eingelaufene Depesche der Kläger beantwortet habe. Es dürfte jedoch aus diesem nicht ganz regelmäßigen Verfahren eine Verpflichtung zum Einhalten der Offerte nicht abgeleitet werden, da ihr der abschwächende Beisatz: „und so lange frei" die rechtliche Verbindlichkeit benehme.

Durch handelsgerichtliches Urtheil vom 15. Juni 1870 wurde der Beklagte zur Lieferung der angebotenen Loose unter Vorbehalt der Schadenersatzforderung verurtheilt und von dem Landesoberhandelsgerichte wurde dieses Urtheil bestätigt, indem in den Entscheidungsgründen ausgeführt wurde:

Die Worte in dem Schreiben des Beklagten vom 21. Februar 1870: „offerire Ihnen 50 Stück ꝛc." enthalten einen unter Abwesenden gestellten Antrag zu Abschließung eines Handelsgeschäftes und nicht eine bloße Aufforderung an die Kläger zur Stellung eines solchen Antrages. Nach allgemeinen handelsrechtlichen Grundsätzen bleibt in solchen Fällen der Antragsteller bis zu dem in Art. 319 des Handelsgesetzbuches statuirten Zeitpunkte an seinen Antrag gebunden. Es hat jedoch im vorliegenden Falle der Beklagte die bindende Kraft seiner Offerte durch Beifügung einer Klausel beschränkt. Ueber den Sinn der hier gebrauchten Klausel: „auf umgehende Zusage und so lange frei" hat sich nach den eingeholten Gutachten eine feste usance im Verkehre mit Börsenpapieren nicht gebildet. Man ist daher auf die für die Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte vorgeschriebenen allgemeinen Auslegungsregeln angewiesen und es können insbesondere diese Gutachten keine bindende Grundlage für die den Sachverständigen nicht vorgelegte, vielmehr der richterlichen Entscheidung anheimfallende Frage abgeben, ob und inwiefern die Verzögerung des Beklagten bei Beantwortung der Annahme-

Erklärung der Kläger von Einfluß auf dessen Haftbarkeit aus seiner Offerte erscheint.

Die der Offerte des Beklagten beigefügte Klausel kann bei richtiger Auffassung nur dahin verstanden werden, daß derselbe auf seine Offerte eine umgehende Erklärung der Kläger verlangte, daß er aber seinerseits durch die gemachte Offerte nicht, wie dieß ohne den gemachten Beisatz der Fall sein würde, bis zu rechtzeitiger Abgabe der Erklärung der Kläger unbedingt an sein Anerbieten gebunden sein, sondern daß er sich das Recht vorbehalten wollte, in der Zwischenzeit über die offerirten Papiere auch anderweitig zu verfügen. Ob das von dem Beklagten sich vorbehaltene Verfügungsrecht nur bis zum Einlauf der Acceptation der Kläger, oder auch noch beim Einlauf der Annahmeerklärung der Kläger, wie letzteres in dem einen der Gutachten ausdrücklich bejaht wird, bestand, kann dahin gestellt bleiben. In keinem Falle kann dem gemachten Vorbehalte die Bedeutung beigelegt werden, daß der Beklagte mit seiner Erklärung über die beklagter Seits ausgesprochene Acceptation seiner Offerte beliebig zuwarten durfte. Denn in dem letzteren Falle wäre die Offerte des Beklagten überhaupt ohne alle rechtliche Bedeutung gewesen, während in derselben bei richtiger Würdigung nur eine Beschränkung der bindenden Kraft der kaufmännischen Offerte gefunden werden kann. Wollte der Beklagte durch seine Lieferungsofferte nicht mehr gebunden sein, so mußte er dieselbe rechtzeitig widerrufen, und der Endpunkt seiner Befugniß zum Widerruf ist, wo nicht schon mit der Behändigung der Acceptation der Kläger, so doch jedenfalls unmittelbar nach seiner Kenntnißnahme von dieser Acceptation eingetreten. Nun hat aber der Beklagte, statt diese ihm zur Kenntnißnahme gebrachte Acceptation seiner Lieferungsofferte sofort ablehnend zu beantworten, mit seiner Antwort bis zum Nachmittage des Tages, an welchem er Vormittags von der Acceptation der Kläger Kenntniß erhielt, gezögert und erst nach Verfluß von 5 Stunden, in welchen Zeitraum die

Börsenstunde fiel, eine ablehnende Antwort an die Kläger befördert. Diese Ablehnung erscheint bei einem Geschäfte in Börsenpapieren, die nach der Natur der Sache in ihrem Kurse nicht nur einer täglichen, sondern sogar einer nach kürzeren Zeiträumen zu bemessenden Schwankung unterworfen sind, als verspätet und sonach rechtlich unwirksam.

Unerheblich ist das weitere Vorbringen des Beklagten, daß die Kläger auf seine brieflich gestellte Offerte zu einer telegraphisch erklärten Acceptation derselben nicht befugt gewesen seien, und daß somit nur die später dem Beklagten zugekommene briefliche Acceptation der Kläger als entscheidende Antwort angesehen werden könne. Nachdem der Beklagte selbst eine umgehende Zusage verlangt hatte, so ist nicht einzusehen, warum die Kläger zur Beantwortung der Offerte nicht die schnellere Beförderung ihrer schleunig geforderten Antwort mittelst des Telegraphen hätten bewirken dürfen.

Wenn endlich der Beklagte sich darauf beruft, daß die Kläger eine Ablehnung ihrer Acceptation auf brieflichem Wege nicht früher erhalten hätten, als das von ihm aufgegebene Ablehnungstelegramm, so kommt hiegegen in Erwägung, daß für den Abschluß eines Vertrages unter Abwesenden nicht der Zeitpunkt der Behändigung der Annahmeerklärung an den Mitkontrahenten, sondern der Zeitpunkt der Erklärung der Annahme behufs der Absendung maßgebend ist. Da nun dem Beklagten nach der obigen Ausführung ein Recht des Rücktritts zur Zeit der Aufgabe seines Telegramms nicht mehr zukam, so erscheint es unerheblich, ob sein Rücktrittsrecht durch frühere Absendung eines Briefes, welche der Beklagte nicht bewerkstelligt hat, hätte gewahrt werden können; und ebenso unerheblich erscheint es, ob ein Brief des Beklagten, wenn ein solcher rechtzeitig abgesendet worden wäre, früher oder später, als das abgesendete Telegramm in die Hände des Klägers gelangt wäre.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 9. November 1871 in der Berufungssache Schweizer c. Gebr. Gumbel.**

## 48) Stellung nicht empfangbarer Waare zur Disposition; Inhalt der dießfälligen Erklärung.

Von dem Verkäufer einer Erbsensendung, welche der Käufer wegen nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit anzunehmen sich weigerte, wurde bezüglich der Frage, ob rechtzeitig zur Disposition gestellt worden, geltend gemacht, daß der Käufer gegen den Reisenden des Verkäufers mehr nicht geäußert habe, als daß die Erbsen nicht zur Zufriedenheit ausgefallen seien.

Durch diese Aeußerung, wurde angenommen, würde der Käufer der Vorschrift des Art. 347 des Handelsgesetzbuches nicht genügt haben. Denn die nach diesem Artikel dem Käufer auferlegte Anzeige an den Verkäufer setze schon deßhalb eine thatsächliche Darlegung der vorgefundenen Mängel voraus, weil nach Abs. 2 und 3 jenes Artikels die Frist zur Geltendmachung der Mängel von deren Entdeckung an laufe.[1] Auch könnte in jener Ausdrucksweise ein Hinweis auf die Bemängelung der vorangegangenen Erbsensendung nicht gefunden und überhaupt aus derselben nicht auf die Absicht des Käufers, die Waare zur Verfügung zu stellen, geschlossen werden.

Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 3. Mai 1873 in der Berufungssache Freund c. Knoderer.

## 49) Beweislast bezüglich der Rechtzeitigkeit der Stellung zur Disposition.

Die Rechtzeitigkeit der Dispositionsstellung einer nicht empfangbaren Waare ist von dem Käufer zu begründen und zu beweisen, da die Einhaltung der Vorschrift des

[1] Hahn, Kommentar Bd. II, S. 231; Gareis, Stellen zur Disposition S. 122 ff.; Busch, Archiv Bd. XV, S. 328 ff.; zu vergl. Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichtes Bd. V, S. 262 ff.

Art. 347 des Handelsgesetzbuches die Voraussetzung für die Geltendmachung der Mängel der Waare bildet[1].

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 3. Mai 1873 in der Berufungssache Freund c. Knoderer.**

50) Kaufmännische Empfehlung.

Das Bankhaus G. und Cie. hatte auf Grund eines Empfehlungsschreibens des Bankhauses D. und Cie. einer Aktiengesellschaft „Zuckerfabrik C." einen laufenden Kredit im Betrage von 50,000 fl. eröffnet und war, als die Aktiengesellschaft in der Folge in Gant gerathen war, in diesem Gante mit 49,120 fl. durchgefallen. G. und Cie. nahmen nun das Bankhaus D. und Cie. auf Ersatz dieses Verlustes in Anspruch, indem sie unter Anderem geltend machten, daß D. und Cie. in ihrem Empfehlungsschreiben die Verhältnisse der Fabrik zum Mindesten leichtsinniger Weise unrichtig dargestellt und dadurch die Kläger zur Bewilligung des Kredits verleitet haben. Das Landes-Oberhandelsgericht hat jedoch in seinem Urtheil vom 11. Januar 1873 ausgesprochen, daß der bloße Rath oder die nur als Rath erscheinende Empfehlung eine Haftbarkeit des Empfehlenden nur im Falle einer Arglist desselben begründe[2] und dieser civilrechtliche Grundsatz auch bei der kaufmännischen Empfehlung gelte[3].

Das Reichsoberhandelsgericht, an welches die Sache im Wege der Nichtigkeitsklage gelangte, hat sich dießfalls in seinem Urtheil vom 3. September 1873 folgendermaßen ausgesprochen:

Nach dem in Württemberg geltenden gemeinen Rechte haftet der Empfehlende nur für dolus, nicht auch für culpa, insbesondere auch nicht für culpa lata.

---

[1] Gareis, Stellen zur Disposition S. 158 und die daselbst Note 3 zitirten Entscheidungen; Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. II. S. 100 ff., 337, 379; Bd. IV, S. 46 ff.

[2] Vrgl. auch Württ. Archiv Bd. XV, S. 168.

[3] Endemann, Handelsrecht §. 148; Thöl, Handelsrecht §. 101.

Nach dem gemeinen Rechte macht die Ertheilung eines Rathes den Rathenden nicht verbindlich für die etwaigen nachtheiligen Folgen seines Rathes[4], ebenso wenig die Empfehlung, eine bestimmte Person sei geeignet, um mit ihr ein faktisches oder ein rechtliches Verhältniß zu begründen, insbesondere um ihr Kredit zu geben.[5] Nur im Falle seines dolus haftet der Rathende und der Empfehlende für den durch seinen Rath, seine Empfehlung angerichteten Schaden. Das sagen ganz bestimmt l. 2 D. de proxenet. (50, 14) und l. 7 § 10, l. 8 D. de dolo (4,3). Diese Stellen verlangen eine „magna et evidens calliditas“ „dolus et calliditas,“ ein „mei decipiendi gratia alium falso laudare,“ schließen also die Haftung wegen culpa lata bestimmt und deutlich aus. Letztere läßt sich auch nicht etwa daraus herleiten, daß culpa lata durchweg dem dolus gleich stehe. Denn das ist eben nicht zutreffend. Die in den Quellen ausgesprochene Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus ist nur auf bereits bestehende obligatorische Verhältnisse zu beziehen, und es kann daher namentlich nicht durch culpa lata die actio doli — und gerade um diese handelt es sich hier — begründet werden.[6] Die Nichtigkeitsklage beruft sich auch nicht darauf, wohl aber auf l. 4 D. de servo corr. (11,3). Allein diese Stelle gibt die utilis actio ex lege Aquilia für einen von dem vorliegenden wesentlich verschiedenen Fall, nämlich den Fall der Beschädigung einer körperlichen Sache (eines Sklaven), und die Haftung ex lege Aquilia selbst in ihrer

[4] l. 2 pr. l. 6 § 5 D. mand. (17,1); l. 1 § 14 D. depos (16,3); § 6 J. de mand. (3,26).

[5] l. 12 § 12 D. mand. (17,1); l. 2 D. de proxenet. (50,14); l. 7 § 10 D. de dolo (4,3).

[6] Wächter, Handbuch des württ. Privatrechtes Bd. II, § 112 Nro. 12 lit. a; Unger, System des österr. Privatrechtes Bd. II, § 102, N. 20; Goldschmidt, der Lucca-Pistoja-Aktienstreit S. 81, Nachtrag hiezu S. 20; Ihering, Jahrb. für Dogmatik Bd. IV, S. 12 ff.; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. IV, S. 12 ff.

weitesten Ausdehnung ist stets beschränkt geblieben und noch heute im gemeinen Rechte beschränkt auf den Fall eines durch eine positive Handlung in Beziehung auf eine körperliche Sache herbeigeführten Schadens. Das gemeine Recht kennt keinen Rechtssatz, daß Jeder den durch seine Schuld, sondern nur den Rechtssatz, daß Jeder den durch seine Arglist entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei, nur die Haftung für dolus ist eine ganz allgemeine, ohne Rücksicht auf die Art und den Gegenstand der Beschädigung statuirte, eine Haftung für bloße culpa, insbesondere auch für culpa lata, außerhalb bestehender Rechtsverhältnisse kennt das gemeine Recht nur auf dem Gebiete der Sachbeschädigung und was derselben gleichsteht.

51) Gesellschaftsklage; deren Voraussetzungen.

Johannes Schöttle, welcher Theilhaber einer Teppichweberei gewesen war, wurde auf Zurückbezahlung von Vorschüssen belangt, welche er als Theilhaber aus den Geschäften erhalten und nicht wieder zurückbezahlt habe, auch an dem Geschäftsgewinn nicht habe abrechnen können. Die Klage wurde abgewiesen, denn aus diesen thatsächlichen Behauptungen, sagen die Entscheidungsgründe, kann eine Verbindlichkeit des Beklagten zum Ersatz erhaltener Empfänge nicht hergeleitet werden. Zu Begründung von Ansprüchen, welche ein Gesellschafter gegen den andern aus dem Gesellschaftsverhältnisse ableiten will, genügt weder der bloße Eintrag von Empfängen des Letzteren in den Gesellschaftsbüchern, noch die Thatsache des Empfangs von Zahlungen aus der Gesellschaftskasse. Vielmehr ist zu Begründung von Ansprüchen eines Gesellschafters gegen seinen Mitgesellschafter die Begründung und der Nachweis erforderlich, wie sich nach dem Abschluß der Gesellschaftsrechnung die gegenseitigen Ansprüche der Gesellschafter gegen einander gestalten. Demzufolge erscheint für eine derartige Klage der Abschluß der Gesellschaftsrechnung und die Dar-

legung einer nach derselben dem Kläger gegen den Beklagten verbleibenden Forderung als wesentliches Erforderniß [1].

Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 27. Dezember 1871 in der Berufungssache Haag c. Schöttle.

52) Prolongations- oder Reportgeschäft.

Der Kaufmann Weil in Stuttgart übergab am 29. März 1870 dem Bankier Reis daselbst, beide Mitglieder der Stuttgarter Börse, einen Bezugschein über 50 Stück lombardische Eisenbahnaktien, ultimo März zum Kurse von 227 in Frankfurt a/M. zu beziehen, mit dem Ersuchen, diese Papiere für ihn in Prolongation zu nehmen. Reis erklärte sich hiezu bereit und nahm den Bezugschein an sich; es wurde verabredet, daß am medio und ultimo jeden Monats wie üblich die Kursdifferenz zwischen dem Bezugspreise und dem jeweiligen Kompensationskurse zu vergüten sei und daß Weil dem Reis neben dem, was diesem von seinem Frankfurter Bankier für die Prolongation angerechet würde, nichts weiter hiefür zu bezahlen habe, als bei einem dereinstigen Verkaufe der Papiere, wenn dieselben durch Reis verkauft würden, 1/2 pro Mille, und wenn sie durch einen Dritten zum Verkauf gebracht würden, 1 pro Mille. Weil handelte hiebei im Auftrage des H. Nördlinger, der selbst die Lombarden nicht beziehen konnte und ihn um Bewerkstelligung einer Prolongation angegangen hatte, worauf Weil in eigenem Namen die angegebene Vertragsberedung mit Reis einging. Dieser hat das Geschäft mit dem Dritten, von welchem Nördlinger die Papiere hätte beziehen sollen, abgewickelt und hierüber mit Weil abgerechnet.

Bis ultimo Juni 1870 sind die auf die einzelnen Liquidationstage sich ergebenden Kursdifferenzen jedesmal vergütet worden, und zwar in der Weise, daß je am zweiten oder dritten Tage nach medio oder ultimo dem Weil der

[1] Vrgl. Sarwey, Monatschrift Bd. XIX, S. 273.

Frankfurter Kompensationskurs von Reis mitgetheilt, hienach die Differenz berechnet und von demjenigen Theil, zu dessen Nachtheil sie sich stellte, dem andern Theil ausbezahlt wurde. Der letzte Kompensationskurs, auf welchen abgerechnet wurde, d. h. der vom ultimo Juni, betrug 200 fl. per Stück. Als aber im Juli 1870 der Ausbruch des Krieges mit Frankreich eine Krise herbeiführte, übersandte Reis unter dem 25. Juli dem Weil einen Bezugschein über 50 Stück Lombarden zum Kurse von 200 bei dem Bankhause A. Merzbach in Frankfurt a/M. ultimo Juli zu beziehen, indem in dem Begleitschreiben bemerkt wurde, daß die Verhältnisse längere Prolongation nicht zulassen und auf prompten Bezug gehofft werde, da sonst jeder Schaden auf Weil fiele und die Papiere bestens verkauft werden könnten. Den Bezugschein hat Weil am 26. Juli 1870 erhalten und nicht zurückgegeben, aber auch nicht realisirt.

Unter dem 27. Juli, einen Tag vor dem Frankfurter Börsen-ultimo, der auf den 28. Juli fiel, schrieb Reis an A. Merzbach in Frankfurt auf erhaltene Bezugsaufforderung, er habe durch Ausstellung von Bezugscheinen: 23 Stück Elisabeth à 204½ auf Daur, 25 Stück Lombarden, 25 deßgl., 25 Stück Kredit à liquid auf Hummel, 50 Stück Lombarden, 75 Stück Kredit deßgl. auf Geiger, 25 Stück Lombarden à 201½ auf Gundelfinger, 50 Stück Lombarden à 207 auf Krailsheimer, 25 Stück Lombarden à 220 auf Mayer, 50 deßgl. à 200 auf Schreck, 50 deßgl. à 200 auf Weil, 100 deßgl. à 192¼ auf Kettner, D. 40000 1882er Liquid.-E. auf Georgii begeben. Reis glaube nicht, daß sämmtliche Bezugsscheine prompt werden vorgezeigt werden, bitte aber dringend, sein Interesse zu wahren und müsse nothgedrungen gegen etwaigen Verkauf Protest eingelegt werden, unter Verantwortlichmachung des Merzbach für jeden durch Verkauf erwachsenden Schaden. Merzbach erwiderte jedoch am 28. Juli, daß ihm keine Bezugsscheine zugekommen, daß er jedoch für Reis pro

ult. cts. begeben habe 250 Stück Lombarden à 141, 200 Stück Kreditaktien à 166, D. 38000 1882er Amerik. à $77^7/_8$, 75 Stück Elisabethaktien. Die noch restlichen zu beziehenden Effekten habe er nur unter der Bedingung sofortiger baarer Deckung der Differenzen prolongirt und behalte sich vor, noch vor medio August solche zu begeben. Da Reis nicht bezog, ließ Merzbach am 28. Juli an der Frankfurter Börse 250 Stück Lombarden zu 114 für Rechnung des Reis verkaufen, wofür sich auf einen Schlußzettel folgenden Inhalts bezogen wurde: „Frankfurt a/M. am 28. Juli 1870. Geschlossen durch Moses Schwarzschild von Herrn A. Merzbach an Herrn diverse. Stück 250 Lombarden 141, Stück 200 Kredit. 166. Beeidigter Wechselsensal Roßmarkt Nro. 3."

Hierauf forderte Reis von Weil die Bezahlung der Differenz zwischen dem Kurs vom ultimo Juni von 200 und dem Verkaufserlöse des Merzbach vom ultimo Juli von 141 zuzüglich der Verkaufskosten mit 1 % Courtage, zusammen 2960 fl., und erhob auf Bezahlung dieser Summe, eventuell von 1750 fl. gerichtliche Klage. Zur Begründung wurde geltend gemacht, daß bei der Verabredung vom 29. März 1870 nach der Intention der Parteien es sich von selbst verstanden habe, daß das Prolongationsverhältniß so lange fortdauere, bis es von dem einen oder andern Theile gekündigt würde, d. h. bis entweder der Beklagte Weil die Lieferung der Papiere von dem Kläger Reis, oder dieser den Bezug von dem Beklagten verlange und daß dieses Lieferungs- oder Bezugsverlangen je vor medio oder ultimo eines Monats und zwar nach Stuttgarter Börsengebrauch spätestens am Tage vor dem Frankfurter Börsen-medio oder -ultimo durch Verlangen oder Anbieten eines Bezugsscheines auf Frankfurt habe gestellt werden müssen, dergestalt daß wenn bis zu diesem Zeitpunkt von keinem Theil eine Erklärung abgegeben war, das Prolongationsverhältniß stillschweigend als bis zum nächsten Liquidationstag fortgesetzt habe gelten und die auf den ab-

gelaufenen Liquidationstag verfallene Differenz habe vergütet werden müssen. Obwohl also, nachdem von ultimo Juni auf medio Juli prolongirt gewesen, eine ausdrückliche Vereinbarung über weitere Prolongation zwischen den Parteien nicht stattgefunden habe, habe sich doch die Fortsetzung des Verhältnisses, d. h. also zunächst die Prolongation von medio Juli auf ultimo Juli von selbst verstanden, weil von keinem Theil auf medio Juli Lieferung oder Bezug verlangt worden sei.

Die an medio Juli erwachsene Kursdifferenz, welche zum Nachtheile des Beklagten sich gestellt habe, sei zwar vom Beklagten nicht mehr bezahlt, aber zwischen den Parteien festgestellt worden. Es sei nämlich am ultimo Juni der Frankfurter Kompensationskurs auf 200 gestanden, medio Juli dagegen auf 165 gefallen, so daß Beklagter dem Kläger die Differenz von 35 per Stück, somit 1750 fl. zu vergüten gehabt hätte, was von dem Beklagten anerkannt worden sei. Eventuell werde dieser Betrag gefordert, der in der Summe von 2960 schon inbegriffen sei.

In der ersten, wie in der Berufungs-Instanz wurde der Beklagte zur Bezahlung von 1750 fl. verurtheilt, mit der Mehrforderung aber der Kläger abgewiesen und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Landes-Oberhandelsgerichtes:

Aus dem Vorbringen der Parteien ergibt sich, daß dieselben am 29. März 1870 eine Art von Prolongationsgeschäft im technischen Sinne, oder Reportgeschäft [1] abgeschlossen und das hiedurch geschaffene Rechtsverhältniß so, wie von Anfang an in Aussicht genommen war, auf eine Reihe späterer Börsenliquidationstage erstreckt haben, d. h. es wurden am 29. März die Lombarden vom Beklagten zum Preise von 229 an den Kläger, der zugleich die Ver-

[1] Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. I, S. 328; Bd. III, S. 417 ff.; Busch, Archiv für Handelsrecht Bd. XX, S. 427; Thöl, Verkehr mit Staatspapieren S. 50 ff.; Endemann, Handelsrecht § 121 Note 29.

bindlichkeit des Beklagten, beziehungsweise dessen Auftraggebers aus dem Bezuge der Papiere mit dem Dritten, von welchem Letzterer zu beziehen hatte, regelte, verkauft und gleichzeitig von dem Kläger zu demselben Preise medio April lieferbar an den Kläger zurückverkauft, zugleich aber wurde die Verlängerung dieses Rückkaufvertragsverhältnisses für eine unbestimmte Reihe von Börsenliquidationstagen, so daß immer für den späteren Liquidationstag der Liquidationskurs des vorangegangenen den Bezugspreis bilden sollte, festgesetzt. Klar ergibt sich dieß aus dem unbestrittenen Inhalt der Vertragsberedung, wonach an medio und ultimo jeden Monats wie üblich die Kursdifferenz zwischen dem Bezugspreise und dem jeweiligen Kompensationskurse zu vergüten sein und Beklagter dem Kläger bei einem dereinstigen Verkauf der Papiere, nachdem der Beklagte solche bezogen haben würde, $^1/_2$ pro mille, falls sie durch Vermittlung des Klägers zum Verkauf gebracht würden, 1 pro mille, falls Beklagter durch einen Dritten verkaufen würde, zu bezahlen haben sollte. Daß insbesondere auch der Beklagte selbst das Vertragsverhältniß als ein für unbestimmte Zeit beabsichtigtes ansah, behauptet er selbst damit, daß er vom Kläger die Zusicherung, Kläger prolongire ihm, so lange er wolle, erhalten haben will, und in der Folge ist denn auch die Absicht der Eingehung des Vertragsverhältnisses auf unbestimmte Zeit durch die über sechs Liquidationstage fortgesetzte Vergütung der Kursdifferenz bethätigt worden. Die Willensmeinung der Kontrahenten ging sonach dahin, daß ihr auf den Rückbezug des Beklagten gerichtetes Vertragsverhältniß durch eine vor medio oder ultimo eines Monats (d. h. in Anbetracht, daß die Papiere in Frankfurt zu liefern und bei Ausübung der Verkaufsselbsthilfe auch zu verkaufen waren nicht erst am Liquidationstage selbst) zu stellende Bezugs- oder Lieferungsaufforderung zu schließlicher Vollziehung kommen, daß jedoch Mangels einer solchen Kündigung eben in der Unterlassung derselben die die Fortsetzung der Spe-

kulation ermöglichende Verschiebung der Realisirung auf den nächsten Abrechnungstag gelegen seyn sollte, und es kann daher, wie bereits der Unterrichter bemerkt hat, dem vom Beklagten behaupteten Umstande, daß er anläßlich seiner Besuche im klägerischen Comptoir den Wunsch weiterer Prolongation jedes Mal vor dem Eintritt eines Liquidationstages ausdrücklich kund gegeben habe, nicht die Bedeutung einer nothwendigen Voraussetzung für die Erneuerung der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses, sondern die des Zursprachebringens von Etwas, das sich beim Mangel gegentheiliger Erklärung auch von selbst verstanden hätte, beigelegt werden.

Das so bestehende Vertragsverhältniß ist vom Kläger dem Beklagten mit dem den Bezugschein übersendenden Schreiben vom 25. Juli 1870, welches dem Beklagten am folgenden Tage zugekommen ist, gekündigt worden. Der Beklagte hatte also nunmehr am ultimo Juli die Papiere in Frankfurt bei Merzbach zu beziehen; anderer Seits konnten aber auch dem Kläger aus dem Verzuge des Beklagten nur die im Art. 357 des H.G.B. normirten Rechte erwachsen und wird daher zu Begründung der Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung die Ausübung der Verkaufsselbsthilfe wesentlich erfordert. Allein aus den von dem Kläger angeführten Thatsachen kann nicht gefolgert werden, daß der von Merzbach vorgenommene Verkauf als Ausübung der dem Kläger selbst als Verkäufer gegenüber dem Beklagten gestatteten Verkaufsselbsthilfe sich darstelle, mithin auch auf des Klägers Willen zurückzuführen und als Folge des Nichtbezugs des Beklagten zu betrachten sei[2].

Zum mindesten hätte von dem Kläger behauptet werden müssen, daß von ihm dem Frankfurter Hause von dem mit dem Beklagten abgeschlossenen Geschäfte, auf Grund dessen Dieser an Stelle des Klägers die Papiere in Frankfurt zu beziehen gehabt, Mittheilung gemacht worden sei.

---

[2] Vergl. oben S. 357 f. Nr. 36.

Nun ist zwar in dem Schreiben des Klägers an Merzbach vom 27. Juli gesagt, daß Kläger einen Bezugschein auf den Beklagten über 50 Lombarden ausgestellt habe, und ist Beklagter mit den Andern ein Kleint, der unter den jetzigen Verhältnissen kein Geld auftreiben könne, genannt; nicht aber ist ausgedrückt, daß die Realisirung des Bezugsscheines durch den Beklagten zugleich die Erfüllung eines zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestehenden Lieferungskaufes sei, und umgekehrt ein Exekutionsverkauf Merzbachs wegen Nichtrealisirung des Bezugsscheines seiten des Beklagten zugleich als Exekutionsverkauf des Klägers gegenüber dem Beklagten gelten müßte. Es kann daher in dem gegen den Verkauf protestirenden Schreiben des Klägers ein eventueller Auftrag an Merzbach, daß, falls der Verkauf aller benannten Papiere unvermeidlich wäre, solcher wenigstens zugleich auf Rechnung des Beklagten und der übrigen Kunden des Klägers geschehen solle, keineswegs gefunden werden, und ebensowenig liegt in Merzbachs Erwiderungsschreiben eine Andeutung dafür, daß er bei dem theilweisen Exekutionsverkaufe zugleich die Fixgeschäfte des Klägers mit dem Beklagten und Andern im Auge gehabt habe, insbesondere bei dem Verkauf von 250 Lombarden den Kläger in die Lage, die verkauften Stücke unter sämmtliche ihm zum Bezug Verpflichtete zu repartiren, habe versetzen wollen, vielmehr läßt sich in Merzbachs Verhalten lediglich die Ausübung seiner Rechte gegen den Kläger erkennen. Noch weniger läßt sich dafür etwas anführen, daß unter den 250 Lombarden gerade die vom Beklagten zu beziehenden begriffen sein sollten.

Ist hienach Kläger mit der auf richtiger Ausübung der Verkaufsselbsthilfe des Art. 357 des H.G.B. beruhenden Differenzforderung abzuweisen, so trifft doch diese Abweisung nicht auch den Anspruch auf die Differenz zwischen den Kompensationskursen des ultimo Juni und des medio Juli mit 1750 fl. Dieser Anspruch hat eine selbstständige Grundlage in der Vertragsberedung vom 29. März,

soferne nach dem oben Bemerkten dieselbe eben dahin gegangen ist, daß schon mit dem stillschweigenden Ablauf des Medio-Tages, beziehungsweise wegen der Eigenartigkeit des Bezuges bereits des vorangegangenen Tages, die neue Prolongation eingetreten, daher auch Kläger zu Erhaltung seines Rechtes aus dem Vertragsverhältnisse nicht auf Einhaltung der Vorschriften des Art. 357 des H.G.B. angewiesen, vielmehr eben mit der Erneuerung der Prolongation der Anspruch auf die Differenz zwischen dem letzten Bezugspreise und dem demnächst bekannt werdenden Kompensationskurse erworben sein solle. Es kann nicht eingewendet werden, daß, da bei schließlicher Abwicklung des Vertragsverhältnisses die Berechtigung des Klägers auf die Differenz zwischen dem letzten Kompensationskurse und dem Verkaufserlöse eben die Vornahme eines dem Art. 357 entsprechenden Verkaufes voraussetze, folgerichtig auch die früheren Kompensationskursdifferenzen, soweit sie nicht bereits aus freien Stücken berichtigt worden, nun auf Grund eines solchen Verkaufes schließlich miterfolgt, verlangt werden können. Denn die stattgehabte Kündigung hat den Kläger den Vorschriften des Art. 357 unterworfen, wogegen nicht anzunehmen ist, daß durch diese Gesetzesbestimmung die Möglichkeit vertragsmäßiger Festsetzung, daß für die vorangehende Zeit stetig wiederholter Prolongation die Differenz schon jeweils mit der Prolongation selbst geschuldet sein solle, auch wenn diese Prolongation nur stillschweigend sich vollziehe, ausgeschlossen sei. Der Beklagte ist daher, eben weil durch die Kündigung das Vertragsverhältniß beendigt, zuvor aber das Recht auf die Differenz aus der Vertragsberedung dem Kläger schon mit der Nichtkündigung am medio Juli erwachsen ist, auch zu dem Verlangen, daß ihm die Papiere zum Kurse des medio vom Kläger geliefert werden, nicht berechtigt.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 4. Juli 1872 in der Berufungssache Reis und Sohn c. Weil.**

53) Wechselfähigkeit des Haussohnes.

Einer Wechselklage war von dem Trassanten entgegengehalten worden, daß er zur Zeit des Acceptes, obwohl bereits volljährig, als Haussohn unter der Gewalt seines Vaters gestanden und daher nicht wechselfähig gewesen sei. Dieser Einwand wurde als ungegründet verworfen und es besagen die Entscheidungsgründe des Landesoberhandelsgerichtes:

Nach Art. 1 der deutschen Wechselordnung ist wechselfähig Jeder, welcher sich durch Verträge verpflichten kann. Für die Wechselfähigkeit ist also nur die Vertragsfähigkeit (die Dispositionsfähigkeit überhaupt), nicht die Darlehensfähigkeit entscheidend. Den volljährigen Hauskindern kommt nach württ. Rechte die Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, im Allgemeinen zu und nur ihre Darlehensfähigkeit ist beschränkt[1]. Der Beklagte war daher, wenn auch zur Zeit des Acceptes noch Haussohn, wechselfähig, und zwar, da es eine relative von dem materiellen Schuldgrund abhängige Wechselfähigkeit nicht gibt, unbeschränkt wechselfähig, mag er zur Eingehung des der Wechselerklärung zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgeschäftes befähigt gewesen sein oder nicht. Die Behauptung, daß dem Wechselaccepte des Beklagten ein ihm von dem Wechselaussteller gegebenes Darlehen zu Grunde liege, zu dessen Aufnahme der Beklagte ohne Zustimmung seines Vaters nicht fähig gewesen sei, ist somit zu Begründung der Einrede der mangelnden Wechselfähigkeit nicht geeignet.

Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 1. Juni 1872 in der Berufungssache Gold c. Frank.

54) Mangelhafte Beschaffenheit der in die Protesturkunde aufgenommenen Wechselabschrift.

Einer Wechselregreßklage wurde entgegengehalten, daß die in der Protesturkunde enthaltene Wechselabschrift mit

[1] Württ. Archiv Bd. XIV, S. 341, vrgl. Bd. XII, S. 148.

dem eingeklagten Wechsel insofern nicht übereinstimme, als in der Abschrift der Name des Ausstellers und ersten Indossanten nicht wie in dem Wechsel „J. H. Neuburger," sondern „J. H. Nickelsburg" laute, diese Abweichung aber einen wesentlichen Mangel des Protestes begründe. Die Einwendung wurde verworfen und es besagen die Gründe zu dem Urtheil des Landes-Oberhandelsgerichtes:

Die Bestimmung des Art. 88 Ziff. 1 der Wechselordnung, wonach der Protest eine wörtliche Abschrift des Wechsels oder der Kopie und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen enthalten muß, hat lediglich den Zweck, daß durch die in den Protest aufzunehmende Abschrift die Identität des protestirten und des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels nachgewiesen werde. Nach diesem Zwecke des Gesetzes ist die wörtliche Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Original nur insoweit für ein wesentliches Erforderniß des Protestes zu erachten, als jene Uebereinstimmung zur Herstellung der Identität des protestirten und des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels erfordert wird. Finden sich daher in der Abschrift Abweichungen von dem Inhalt des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels, so ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen, ob die Abweichungen von der Art sind, daß dadurch die Identität des protestirten und des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels wirklich ungewiß wird, und ist dieß nicht der Fall, so wird durch die vorhandenen Abweichungen ein wesentlicher Mangel des Protestes nicht begründet [1]. Die hier vorliegende Ab-

[1] Vrgl. die Entscheidungen des Obertribunals vom 15. Novbr. 1864, 20. Dezember 1864, 21. Januar 1865 und 15. Februar 1867 in Seuffert's Archiv Bd. XXI, Nro. 155 S. 265 ff. (zum Theil auch mitgetheilt in Löhr's Centralorgan für das Handels- und Wechselrecht Bd. II, S. 103—107 und in Tafel's Civilrechtssprüchen Bd. VI, S. 286 ff.); deßgl. die Entscheidungen anderer oberster Gerichte in Seuffert's Archiv Bd. V, Nro. 223; Bd. VII, Nro. 239; Bd. IX, Nro. 64; Bd. XI, Nro. 288; Bd. XIII, Nro. 120, 175; Bd. XVI,

weichung der Abschrift von dem eingeklagten Wechsel ist nun, obgleich sie einen wesentlichen Bestandtheil des Wechsels, den Namen des Ausstellers und Indossanten betrifft, nicht geeignet, die Identität des protestirten und des eingeklagten Wechsels zweifelhaft zu machen. Der Name „Neuburger“ ist in dem vorgelegten Wechsel beidemal so undeutlich geschrieben, daß hierin die in der Abschrift enthaltene Abweichung („Nickelsburg“ statt „Neuburger“) ihren Erklärungsgrund findet. Dieser Erklärungsgrund wird dadurch nicht beseitigt, daß dem gebrauchten Wechselformular die Firma „J. H. Neuburger“ aufgedruckt ist und somit bei gehöriger Aufmerksamkeit der Fehler in der Abschrift um so leichter hätte vermieden werden können. In allen übrigen Theilen aber, insbesondere auch in Hinsicht der weiter folgenden Indossamente stimmt die Abschrift mit dem vorgelegten Original wörtlich und auf's genaueste überein und es ist kaum denkbar, daß neben dem von dem Beklagten ausgestellten Wechsel ein zweiter von einem Dritten ausgestellter Wechsel von so vollständiger, auf alle einzelnen Theile sich erstreckender Gleichheit des Inhalts existirt habe. Hiezu kommt, daß der Protest auf den Antrag derselben Person aufgenommen wurde, auf deren Namen das letzte Indossament des von dem Beklagten ausgestellten Wechsels lautet. Es ist sonach die Identität des Wechsels durch die Protesturkunde, ungeachtet der in der

---

Nro. 244; Bd. XX, Nro. 179; Sammlung der Lübecker Entscheidungen in Hamburger Rechtssachen Bd. II, Abth. 1 S. 213; Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. III, S. 193 ff., 226 f., 351 ff.; Bd. IV, S. 174; Bd. V, S. 339; Bd. VII, S. 233 ff., 243; Bd. IX, S. 77—83; Borchardt, W. O. S. 246; Kletke, Präj. Bd. I, S. 242 Nro. 621; ferner L. Wächter im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. VII, S. 242—246; Gelpke, Zeitschrift Heft 3 S. 155—162 und im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. II, S. 66; Thöl, Handelsrecht, 2. Aufl., Bd. II, § 225, S. 289; Biener, wechselrechtliche Abhandlungen S. 343. Der strengeren Ansicht neigen sich zu Renaud, Wechselrecht § 26; Hoffmann, W. O. § 117, S. 616; Koch, W. R. S. 336.

Wechselabschrift enthaltenen Abweichung außer Zweifel gestellt.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 21. März 1874 in der Berufungssache Neuburger c. Deutsche Vereinsbank.**

Gegen die vorstehende Entscheidung wurde Nichtigkeitsklage an das Reichsoberhandelsgericht erhoben, gegründet auf die Behauptung, das angegriffene Urtheil verletze die Vorschrift des Art. 88 Nro. 1 der allg. deutschen Wechselordnung, sofern dasselbe wörtliche Uebereinstimmung der dem Proteste einverleibten Abschrift des zu protestirenden Wechsels nur insoweit verlange, als sie im einzelnen Falle zur Feststellung der Identität des protestirten und des eingeklagten Wechsels erforderlich sei, während doch wörtliche Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Originalwechsel in den Bestandtheilen, welche bei jedem Wechsel vorkommen müssen, für die Giltigkeit des Protestes nöthig sei.

Die Nichtigkeitsklage wurde als ungegründet verworfen und es besagen die Gründe zu dem Urtheil des Reichs-Oberhandelsgerichtes vom 27. Juni 1874:

Die Rechtswissenschaft und Praxis nimmt überwiegend an, nach Art. 88 Nro. 1 der allg. deutschen Wechselordnung sei zwar die Aufnahme einer wörtlichen Abschrift des protestirten Wechsels in die Protesturkunde zur Giltigkeit des Protestes erforderlich, aber doch nur insoweit, daß die Abschrift für die unzweifelhafte Feststellung der Identität des protestirten Wechsels und desjenigen Wechsels, aus welchem auf Grund des Wechsels Regreß genommen wird, ausreichend sei; es sei daher jede Abweichung, welche die Identität nicht zweifelhaft mache und trotz welcher die in die Protesturkunde aufgenommene Abschrift die Identität beider Wechsel ergebe, rechtlich unerheblich.

Auf diesem Standpunkte steht auch der vorige Richter, und derselbe hat den im vorliegenden Falle fraglichen Protest aus dem Grunde für giltig erklärt, weil die demselben einverleibte Abschrift des protestirten Wechsels, obgleich sie den Namen des Ausstellers und ersten Indossanten un-

richtig wiedergibt (Nickelsburg statt Neuburger), die Identität des protestirten und des jetzt eingeklagten Wechsels ergebe, ohne daß es der Beiziehung anderer Beweismittel für die Identität bedürfe. Stellt man sich nicht auf diesen Standpunkt, dann muß man absolute wörtliche Uebereinstimmung der Abschrift mit dem eingeklagten Wechsel verlangen. Denn die für die Identität entscheidenden Bestandtheile lassen sich nicht in abstracto feststellen. Es läßt sich vielmehr immer nur im einzelnen Falle beurtheilen, welche Bestandtheile des Wechsels für die Identität maßgebend sind; es können Bestandtheile, die bei jedem Wechsel vorkommen müssen, also wesentliche Bestandtheile fehlerhaft abgeschrieben sein und kann gleichwohl die Identität aus der Abschrift erhellen; dagegen kann unter Umständen die Nichtübereinstimmung in unwesentlichen Bestandtheilen (Abdrücken von Firmenstempeln, Seitenzahlen und Handlungsbüchern, überhaupt den von Inhabern des protestirten Wechsels lediglich im Interesse des eigenen Geschäftsbetriebes beigefügten Zeichen und Aufschriften) den Ausschlag für die Entscheidung über die Identität geben, z. B. wenn mehrere ganz gleichlautende Wechsel (nicht blos mehrere Exemplare desselben Wechsels) ausgestellt sind, von denen der eine die gedachten Bemerkungen hat, der andere dagegen nicht.

Das Reichsoberhandelsgericht hat bereits mehrfach das Erforderniß absoluter Uebereinstimmung der dem Protest einverleibten Abschrift mit dem eingeklagten Wechsel verworfen und demgemäß anerkannt, daß der Art. 88 Ziff. 1 nur eine wörtliche d. h. vollständige Abschrift des Wechsels u. s. w. erfordere und ein Fehler in der Abschrift, der einen begründeten Zweifel nicht erzeuge, daß die in den Protest aufgenommene Abschrift wirklich die Abschrift des eingeklagten Wechsels sei, nicht geeignet erscheine, den Wechselprotest selbst formlos zu machen. Den Fehlern in der Abschrift eine weiter gehende Wirkung zu geben, ist durch die Form des Protestes, wie dieselbe in der deutschen Wechselordnung

vorgeschrieben worden, nicht geboten, wenn man erwägt, daß das formelle Erforderniß einer wörtlichen Abschrift des Wechsels an die Stelle der in früheren Wechselordnungen gestatteten „genauen Beschreibung des Wechsels“ getreten ist [3]. In diesem Sinne faßt auch das Landes-Oberhandelsgericht die Vorschrift des Art. 88 Ziff. 1 auf; der Vorwurf eines Rechtsirrthums ist daher unbegründet.

Die Frage aber, ob im einzelnen Falle wegen Abweichung der Wechselabschrift von dem Wortlaute des protestirten (eingeklagten) Wechsels der Protest ungiltig sei, ist lediglich eine Frage der Beweiswürdigung, also bloße That- und nicht Rechtsfrage. Da der Nichtigkeitsrichter auch nach der württ. C.P.O. über die Beweiswürdigung nicht zu befinden hat, so ist das Ergebniß derselben der Anfechtung durch die Nichtigkeitsklage entzogen, wenn dasselbe nicht selbst auf rechtsirrthümlichen Voraussetzungen beruht.

55) Muß der Grund, aus welchem die Aufnahme eines Wechselprotestes in der Wohnung des Protestaten erfolgte, in der Protesturkunde bezeichnet sein?

Gegen den Acceptanten eines Wechsels, welcher in solchem als Holz- und Kohlenhändler bezeichnet war, war Protest Mangels Zahlung in dessen Wohnung erhoben worden, ohne daß derselbe dabei getroffen worden war. Als nun auf Grund dieses Protestes Regreßklage gegen den Aussteller erhoben wurde, wurde beklagter Seits eingewendet, daß der erhobene Protest ungiltig sei und die Regreßklage daher des Erfordernisses des Art. 41 Ziff. 2 der Wechselordnung ermangle. Denn die rechtzeitige Präsentation eines Wechsels zur Zahlung beim Acceptanten könne nur durch ordnungsmäßigen Protest erwiesen werden, so zwar daß der Beweis der Präsentation, beziehungsweise des Protestes durch anderweitige Beweismittel als

[3] Vrgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. I, Nro. 89, Bd. VIII, Nro. 20.

die Protesturkunde nicht erbracht werden könne. Was ein rechtmäßiger Protest sei, bestimmen aber die Art. 88 und 91 der Wechselordnung. In letzterem Artikel sei vorgeschrieben, daß der Protest im Geschäftslokal und nur in Ermanglung eines solchen in der Wohnung des Protestaten vorzunehmen sei. Weil nun über die Rechtmäßigkeit eines Protestes nur die Protesturkunde Beweis erbringen könne, so müsse auch aus letzterer selbst hervorgehen, daß kein Geschäftslokal vorhanden gewesen sei und deßhalb in der Wohnung habe protestirt werden müssen. Es dürfe nicht dem Gegenbeweis anheimgegeben werden, daß im einzelnen Falle, wo in der Wohnung protestirt worden, ein Geschäftslokal vorhanden gewesen wäre. Dieß würde im Wechselverkehr verschiedenartige Schwierigkeiten verursachen, auch wäre dann nicht einzusehen, weßhalb eine Protesturkunde, als Dokument über die Rechtmäßigkeit eines stattgehabten Protestes, aufzunehmen sei. Daher sei denn auch in der Doktrin allgemein anerkannt[1], daß der Grund, weßhalb ein Protest nicht im Geschäftslokal, sondern in der Wohnung des Protestaten aufgenommen worden, aus der Protesturkunde selbst hervorgehen müsse, und daß, wenn dieß nicht der Fall, der Protest rechtlich unwirksam sei.

Befragt, ob der Protestat ein Geschäftslokal gehabt oder nicht, erklärte der Beklagte, daß hierüber eine Behauptung nicht aufgestellt werde, während der Kläger durch ein notariatamtliches Zeugniß nachzuweisen suchte, daß der Protestat ein Geschäftslokal nicht besessen habe.

Von dem Landes-Oberhandelsgerichte wurde die Einwendung als ungegründet verworfen und es besagen die Entscheidungsgründe:

Die Anführung des Grundes in der Protesturkunde, weßhalb in der Wohnung und nicht im Geschäftslokal des

[1] Volkmar und Löwy, Wechselrecht S. 346; Hoffmann, Erläuterungen S. 625; Thöl, Handelsrecht Bd. II, § 225 zu Not. 42; Renaud, Wechselrecht S. 108.

Protestaten protestirt wurde, ist zur formellen Giltigkeit des Protestes nicht erforderlich. Denn der Art. 88 der Wechselordnung, welcher die einzelnen Bestandtheile feststellt, die ein Protest, beziehungsweise die über solchen aufgenommene Protesturkunde nothwendig enthalten muß, bezeichnet als einen solchen in Ziffer 4 nur die Angabe des Ortes, an welchem die an den Protestaten zu richtende Aufforderung geschehen oder versucht worden ist. Die Angabe des Grundes, weßhalb im einzelnen Falle statt des Geschäftslokals die Wohnung des Protestaten gewählt worden ist, wird hier nicht erfordert; es ist also zu schließen, daß diese Angabe als eine der regelmäßigen Voraussetzungen für die Giltigkeit einer Protesturkunde von dem Gesetzgeber nicht hat aufgestellt werden wollen. Allerdings setzt der Art. 91 Ziffer 2 noch eine weitere Bemerkung als Erforderniß der Giltigkeit eines Protestes fest. Indessen handelt es sich hier von dem besonderen, ausnahmsweisen Falle, daß weder ein Geschäftslokal, noch eine Wohnung zu ermitteln war, und daß nur eine hierauf bezügliche Bemerkung vorgeschrieben ist, nicht aber auch eine Notiz darüber, weßhalb in den Fällen des Art. 91 Abs. 1 nicht das Geschäftslokal, sondern die Wohnung des Protestaten gewählt worden ist, beweist mit Evidenz, daß die Aufnahme einer dießfallsigen Notiz nicht als formelle Bedingung für die Giltigkeit eines Protestes vorgeschrieben werden wolle [2].

Zwar kann nach der Vorschrift des Art. 91 Ziff. 1 der Wechselordnung die Protesterhebung in der Wohnung nur in Ermanglung eines Geschäftslokales giltig erfolgen. Allein der Beweis, daß gedachter Vorschrift gemäß verfahren worden, liegt in der Protesturkunde auch ohne besondere dießfällige Bemerkung, da solche als von einer öffentlichen Person, von einem vom Staate hiefür aufgestellten

[2] Archiv für Wechselrecht Bd. X, S. 210 ff.; Seuffert, Archiv Bd. XIV, Nro. 61; zu vrgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. II, S. 216 ff.

Beamten herrührend, bis zum Beweise des Gegentheils die Vermuthung in sich schließt, daß der Protestakt in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise vor sich gegangen, also die Protesterhebung in der Wohnung des Acceptanten nur wegen Nichtvorhandenseins eines Geschäftslokales desselben erfolgt sein werde.

Da zudem nach dem notariatamtlichen Zeugniß der Acceptant in der That zur Zeit der Protesterhebung kein besonderes, von seiner Wohnung verschiedenes Geschäftslokal gehabt hat, auch von der beklagten Partei eine dem widersprechende Behauptung gar nicht aufgestellt werden konnte, so erscheint vollständig dargethan, daß bei Vornahme des fraglichen Protestes in der Wohnung des Protestaten gemäß den Vorschriften des Art. 91 Ziff. 1 der Wechselordnung verfahren worden ist.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 29. Oktober 1873 in der Berufungssache Wilhelm c. Volksbank Stuttgart.**

### 56) Ersatzpflicht bezüglich der Kosten des Protestes Mangels Annahme.

Am 23. April 1873 zog Louis Bührlen in U. einen Wechsel über 200 fl. drei Monate dato zahlbar an die Ordre der Frau Herrle Wittwe auf Mayerhoff und Salomon in Aachen. Die Wittwe Herrle indossirte an J. Chr. Laux in U. und dieser an die Ordre der Zentralbank für Industrie und Gewerbe in Berlin. Letztere präsentirte den Wechsel dem Bezogenen zur Annahme und ließ, da diese nicht erfolgte, den Wechsel Mangels Annahme protestiren, wodurch 3 fl. 24 kr. Protestkosten erwuchsen. Auf Benachrichtigung hievon löste Laux den Wechsel unter Kostenerstattung an seine Indossatarin wieder ein und girirte ihn zum Inkasso an die Ordre von Schweizer und Cie. in Aachen; derselbe kam jedoch mit Protest Mangels Zahlung an Laux zurück, worauf dieser Wechselregreßklage gegen den Aussteller Bührlen und seine Indossantin Wittwe Herrle erhob, in welcher auch Ersatz der durch die Protest-

erhebung Mangels Annahme entstandenen Kosten mit 3 fl. 24 kr. gefordert wurde.

Diese Forderung wurde durch das kreisgerichtliche Urtheil abgewiesen: denn die Bank für Industrie und Handel in Berlin sei zwar nach Art. 18 der Wechselordnung berechtigt gewesen, dem Bezogenen den Wechsel zur Annahme zu präsentiren und in Ermanglung derselben Protest erheben zu lassen. Nachdem jedoch die Bank und der Kläger von der ihnen für diesen Fall nach Wechselrecht ausschließlich eingeräumten Befugniß, von dem Aussteller oder ihrem Vormann gegen Aushändigung des Mangels Annahme aufgenommenen Protestes Sicherheit im Sinne des Art. 25 und 26 der Wechselordnung zu verlangen, keinen Gebrauch gemacht haben, der Kläger vielmehr sich damit begnügt habe, den Wechsel von der Bank gegen Ersatz ihrer Auslagen zurückzunehmen, so fehle es einem im Wechselprozesse zu verfolgenden dießfallsigen Anspruch gegen die Beklagten an einer wechselrechtlichen Grundlage.

Das Landes-Oberhandelsgericht, an welches die Sache im Wege der Nichtigkeitsklage gelangte, war anderer Ansicht und verurtheilte die Beklagten zum Ersatz der Kosten des Protestes Mangels Annahme. In den Entscheidungsgründen wurde dießfalls ausgeführt:

Der vorige Richter hat ausgesprochen, daß Ersatz der fraglichen Kosten nur dann verlangt werden könne, wenn auf Grund des Protestes wirklich auch Regreß auf Sicherstellung genommen worden ist. Dieser Satz ist im Rechte nicht begründet. Nach Art. 18 der Wechselordnung ist der Inhaber eines Wechsels berechtigt, den Wechsel dem Bezogenen sofort zur Annahme zu präsentiren und in Ermanglung der Annahme Protest erheben zu lassen. Er bedarf aber dieses Protestes, um sich den ihm durch den Art. 25 der Wechselordnung bei nicht erfolgter Annahme des Wechsels eingeräumten Regreß auf Sicherstellung zu ermöglichen. Denn er kann solchen Regreß nur gegen Aushändigung des Mangels Annahme aufgenommenen Protestes nehmen,

es bildet die Erhebung des Protestes die Bedingung für die Regreßnahme und es wird das Recht auf Sicherstellung erst mit dem durch den gehörig aufgenommenen Protest konstatirten Momente der Nichtannahme des Wechsels seiten des Bezogenen begründet und existent. Ist aber der Protest Mangels Annahme für die bei mangelnder Annahme des Wechsels in Aussicht zu nehmende Eventualität des Regresses auf Sicherstellung nothwendig und geboten und ist ebendaher zu unterstellen, daß, wenn der Inhaber eines Wechsels Protest Mangels Annahme hat erheben lassen, dieß geschehen ist, um sich den Regreß auf Sicherstellung zu ermöglichen, so stellen sich damit die durch den Protest erwachsenen Kosten als solche dar, welche durch die Nichtannahme des Wechsels veranlaßt worden sind. Die durch Nichtannahme des Wechsels verursachten Kosten kann aber der Wechselinhaber ersetzt verlangen, wie dieß aus der Bestimmung des Art. 25 der Wechselordnung hervorgeht. Denn indem hier dem Wechselinhaber das Recht eingeräumt ist, Sicherheit dafür zu fordern, daß ihm die durch die Nichtannahme veranlaßten Kosten am Verfalltage des Wechsels ersetzt werden, so ist damit zugleich seine Berechtigung auf den Ersatz dieser Kosten, und zwar als eine schon vor dem Verlangen der Sicherheitsleistung bestandene, ausgesprochen, da das Recht auf Sicherheitsleistung für einen Ersatzanspruch die Existenz desselben voraussetzt. Ist aber hienach das Recht des Wechselinhabers auf Ersatz der Kosten des Protestes Mangels Annahme schon durch die Thatsache der Protesterhebung als begründet zu erkennen, so erscheint es für gedachten Ersatzanspruch nicht erheblich, ob der Wechselinhaber von dem Rechte auf Sicherstellung nachher Gebrauch zu machen in der Lage war, oder der Sicherstellung aus irgend einem Grunde nicht bedurfte.

War demgemäß im vorliegenden Falle die Zentralbank für Industrie und Gewerbe berechtigt, die ihr durch den Protest Mangels Annahme erwachsenen Kosten ersetzt zu verlangen, so steht auch dem Kläger, welcher den Wechsel

gegen Ersatz der Kosten von der Zentralbank eingelöst hat, der Anspruch auf Ersatz dieser Kosten im Regreßwege nach Maßgabe des Art. 50 Abs. 1 Ziff. 2 der Wechselordnung gegen die Beklagten zu.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 27. September 1873 in der Nichtigkeitsklagsache Laux c. Bührlen und Gen.**

57) Der Besitz des Wechsels als Erforderniß für die Sachlegitimation des Wechselklägers.

Am 27. Dezember 1869 zog Johannes Locher in St. einen Wechsel über 6450 fl. zahlbar drei Monate a dato an eigene Ordre auf Jakob Stäbler in St. Der Wechsel wurde von dem Bezogenen acceptirt, auch wurden vier Blankoindossamente des Joh. Locher, A. Schweizer, J. G. Hummel und Carl Pfander auf denselben gesetzt. Am 28. März 1870 ließ C. F. Wörnle als Inhaber des Wechsels denselben Mangels Annahme protestiren und erhob am 2. April 1870 unter Vorlegung des Wechsels und der Protesturkunde Wechselklage gegen Locher, Schweizer, Hummel und Pfander. Diese bestritten jedoch die Aechtheit ihrer Wechselunterschriften und leisteten den Diffessionseid, worauf Wörnle die Klage zurücknahm. Der Wechsel und die Protesturkunde wurden dem Wörnle auf seine Bitte zurückgegeben, wobei übrigens Wörnle erklärte, daß der Wechsel dem A. St. Schmidt in M. eigenthümlich gehöre. Nun erhob Letzterer am 31. März 1860 unter Vorlegung des Wechsels und der Protesturkunde Wechselklage gegen den Acceptanten Stäbler und erwirkte ein verurtheilendes Erkenntniß, welches jedoch wegen Mangels an Exekutionsmitteln nicht vollstreckt werden konnte. Am 5. Juni 1873 stellte Schmidt den Antrag auf Einleitung des Strafverfahrens gegen Locher, Hummel und Pfander (Schweizer war inzwischen gestorben) wegen Meineids und es wurden dann auch dieselben für schuldig erklärt, den Diffessionseid wissentlich falsch geschworen zu haben, und wegen Meineids verurtheilt.

Nun erneuerte Wörnle am 14. November 1873 die

von ihm früher zurückgenommene Wechselregreßklage gegen Locher, Hummel und Pfander, in welcher zugleich für den Kläger, der durch die auf dem Wechsel befindlichen Blankoindossamente zur Klage legitimirt sei, wegen des Meineids der Beklagten um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Klagverzicht und die Verjährung der Wechselansprüche nachgesucht wurde. Da zur Zeit der Einreichung der Klage der Wechsel bei den Untersuchungsakten und die Protesturkunde bei den Akten in Sachen Schmidt gegen Stäbler sich befand, wurde gebeten, diese Akten denjenigen des nunmehrigen Prozesses beizuschließen. Nachdem aber bei der mündlichen Verhandlung am 17. Februar 1874 die Legitimation des Klägers wegen mangelnden Besitzes des Wechsels bestritten und die Verhandlung auf den Antrag beider Parteien vertagt worden war, verlangte A. St. Schmidt den Wechsel und die Protesturkunde zurück, indem er bemerkte, daß er die Ansprüche aus dem Wechsel auf Wörnle übertragen habe, damit dieser in derselben Weise, wie im Jahr 1870 die aus dem Wechsel und dem Meineide der Giranten resultirenden Ansprüche in eigenem Namen für Rechnung des Schmidt geltend mache. Hierauf wurden der Wechsel und die Protesturkunde an Schmidt ausgefolgt und sodann von Wörnle mit der von ihm am 16. März 1874 eingereichten schriftlichen Replik dem Prozeßgerichte unter Anschluß einer wiederholten Erklärung des Schmidt vorgelegt, daß er den Wechsel an Wörnle abtrete, damit dieser auf Grund des Wechsels und des Meineids der Giranten alle Ansprüche gerichtlich geltend mache. Beklagter Seits wurde jedoch demungeachtet an der Bestreitung der Aktivlegitimation des Klägers festgehalten und eventuell die Einrede der Klageänderung geltend gemacht. Das Kreisgericht erachtete beide Einwendungen als gegründet und wies demgemäß die Klage ab, indem in den Entscheidungsgründen ausgeführt wurde:

Der Kläger müsse, um mit seinem Anspruch durchzudringen, schon beim Beginne des Rechtsstreites Inhaber des

eingeklagten Wechsels gewesen sein, und zwar sei nach Art. 328 der C.P.O. der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, welcher mit Zustellung der Klage eintrete, maßgebend. Der Art. 854 der C.P.O., wonach im Wechselverfahren der Kläger die Urkunden, auf welche die Klage sich stütze, wenigstens 24 Stunden vor der anberaumten Tagfahrt auf der Gerichtskanzlei niederzulegen habe, treffe keine Abänderung hinsichtlich des entscheidenden Zeitpunktes für die Begründung des streitigen Rechtes. Im vorliegenden Falle habe jedoch der Kläger nicht darzuthun vermocht, daß er schon bei Zustellung der Klage Inhaber des Wechsels gewesen sei. Der Wechsel und die Protesturkunde seien damals bei anderen Gerichtsakten gelegen und das Gericht habe sie für A. St. Schmidt in Verwahrung gehabt, welcher als durch Blankoindossament legitimirter Wechselinhaber mit seiner Wechselklage gegen J. Stäbler jene Urkunden zuletzt zu Gerichtshanden gebracht gehabt habe. Wenn Schmidt den Besitz auf den Kläger habe übertragen wollen, so habe dieß durch bloße Willensübereinstimmung Beider (durch constitutum possessorium), selbst wenn dieselbe hinreichend zum Ausdruck gekommen wäre, nicht geschehen können. Denn Schmidt, welcher den Wechsel und Protest nicht in Händen gehabt, sei thatsächlich nicht in der Lage gewesen, dieselben zur Verfügung des Klägers zu halten. Das Gericht aber, in dessen Händen Wechsel und Protest sich befunden, habe nicht gewillt sein können, dieselben fortan für den Kläger aufzubewahren, da es eine entsprechende Anzeige von Schmidt nicht erhalten habe. Auch in der Klagschrift sei weder eine solche Anzeige an das Gericht, noch ein Akt der Uebertragung an den Kläger behauptet. Demgemäß sei auch das Gericht selbst noch bei der Tagfahrt vom 17. Februar 1874 nicht in der Lage gewesen, den Wechsel und Protest an den Kläger zu verabfolgen. Die in der Klagschrift enthaltene Berufung auf das Blankoindossament des Wechsels habe nicht genügen können, da durch dieses nur der Inhaber des Wechsels legitimirt werde, als solcher

aber durch die in Bezug genommenen Gerichtsakten ein Dritter nachgewiesen gewesen sei. Was sonst noch im Laufe des Rechtsstreites von klägerischer Seite beigebracht worden, ergebe nicht weiter, als daß die Absicht bestanden habe, den Wechsel an den Kläger zu übertragen, und daß der Wechsel nach eingetretener Rechtshängigkeit dem Kläger überlassen worden. Die Geltendmachung eines hiedurch neu erworbenen Rechtes enthalte aber eine Aenderung der Klage und könne daher beim Widerspruch der Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht zugelassen werden (Art. 330 der C.P.O.).

Anderer Ansicht war das Landesoberhandelsgericht, welches die Beklagten verurtheilte. In den Entscheidungsgründen wurde bezüglich der Einwendung, daß der Kläger zur Sache nicht legitimirt sei, sowie bezüglich der damit in Verbindung stehenden Einrede der unzulässigen Klageänderung ausgeführt:

Der Kläger, welcher den Wechsel nach Verfall Mangels Zahlung hatte protestiren lassen, war zur Verfallzeit der, durch die auf dem Wechsel befindlichen Blanko-Indossamente legitimirte Inhaber des Wechsels. Durch dieselben Blanko-Indossamente ist der Kläger, welcher den Wechsel und die Protesturkunde im Verfahren erster Instanz mit seiner schriftlichen Replik vorgelegt hat, auch jetzt als Eigenthümer des Wechsels legitimirt (Art. 36 der Wechselordnung).

Zwar wurde der Wechsel von dem Kläger nach dem Protest und nach erfolgter Zurücknahme der früheren Klage, unter Benutzung der auf dem Wechsel bereits befindlichen Blanko-Indossamente, auf Schmidt übertragen, welcher als nunmehriger durch jene Blanko-Indossamente legitimirter Wechselinhaber die Wechselklage gegen den Acceptanten erhob und mit dieser Klage Wechsel und Protesturkunde dem Gerichte vorlegte, und erst am 3. März 1874, nach bereits eingetretener Rechtshängigkeit wurden beide Urkunden dem Schmidt zurückgegeben und sodann

von dem Anwalt des Klägers mit der von ihm in gegenwärtigem Prozeß eingereichten Replik dem Prozeßgerichte vorgelegt. Allein der Umstand, daß der in blanco indossirte Wechsel, aus welchem geklagt wird, in dem Zeitpunkte des Eintritts der Rechtshängigkeit der Klage noch in den Händen eines Dritten sich befand, hat nicht die Wirkung, daß nunmehr eine Aenderung der Klage vorliegt. Den Klagegrund bildet der Wechsel in Verbindung mit der Protesturkunde, und zwar ist für die Klagebegründung (einschließlich der Legitimationsfrage) maßgebend die Form, in welcher der Wechsel zur Zeit der Erhebung der Klage sich darstellt. An der Form des Wechsels ist seit der Erhebung der Klage (sogar seit der Protesterhebung) Nichts geändert worden, es ist kein neues Indossament hinzu gekommen und keines der bereits vorhandenen Indossamente ausgefüllt oder durchstrichen worden und der Kläger stützt seine Legimation, zu deren Begründung er seinen unmittelbaren Auktor nicht zu benennen hat, auf dieselben Blanko-Indossamente, auf welche er sie schon in der schriftlichen Klage gestützt hat. Durch diese Blanko-Indossamente ist der Kläger als Eigenthümer des Wechsels legitimirt, vorausgesetzt daß er Inhaber ist. Zur Herstellung der Legitimation des Klägers ist also noch weiter das Hinzutreten der Thatsache erforderlich, daß der Kläger den Wechsel besitzt, wie denn die Geltendmachung des Rechtes aus dem Wechsel stets durch den Besitz des Wechsels bedingt ist. Der Wechselbesitz des Klägers wird im Wechselverfahren dadurch festgestellt, daß das Original des Wechsels vom Kläger dem Gerichte vorgelegt wird. Die Vorlegung des Originals hat aber nach dem Gesetze (Art. 854 der C.-Pr.-O.) nicht nothwendig mit der Klage, welcher nur mindestens eine Abschrift beizulegen ist, sondern sie kann auch im weiteren Verlaufe des Verfahrens geschehen. Die Bedingung des Wechselbesitzes des Klägers ist erfüllt, wenn der Kläger in demjenigen Stadium des Verfahrens, in welchem er das Original dem Gerichte vorzulegen hat, im Stande ist, dieses

zu thun. Hat der Kläger im Laufe des Wechselverfahrens das Original des Wechsels vorgelegt und ist der Wechsel nach derjenigen Form, die er schon zur Zeit der Erhebung der Klage hatte, geeignet, die Legitimation des Klägers zu begründen, so ist der Kläger zur Geltendmachung des Wechselanspruchs legitimirt und es kommt für die Legitimationsfrage nicht darauf an, ob er den Wechsel schon zur Zeit der Erhebung (oder der Zustellung) der Klage in Händen hatte, wenn nur die Indossamente, auf welche er seine Berechtigung stützt, schon damals auf dem Wechsel vorhanden waren. Die oben erwähnte prozessualische Bestimmung hat gerade den Zweck, dem Wechselgläubiger, auch bevor der Wechsel selbst in seinen Besitz gelangt ist, die Erhebung der Wechselklage und die Rechtshängigmachung der Sache zu ermöglichen, was bei den kurzen Verjährungsfristen von praktischer Wichtigkeit ist.

Für die Legitimation des Klägers ist es auch unerheblich, ob der Wechsel dem Kläger von Schmidt als Eigenthum oder nur zu Vollmachtszwecken überlassen werden wollte. Denn diese Frage betrifft nur das Verhältniß zwischen dem Kläger und Schmidt unter sich; den Wechselschuldnern gegenüber ist der Kläger jedenfalls durch die auf dem Wechsel befindlichen reinen Indossamente als Eigenthümer des Wechsels legitimirt.

Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 6. Juni 1874 in der Berufungssache Wörnle c. Locher und Gen.

### 58) Wechselbürgschaft.

Am 5. Januar 1872 zog J. B. Mayer in U. einen am 11. Oktober 1872 an seine eigene Ordre zahlbaren Wechsel über 385 fl. auf Joseph Wieland in W. Letzterer acceptirte den Wechsel am selben Tage, wobei er seine Unterschrift rechts unten auf die Wechselurkunde unter die Unterschrift des Ausstellers setzte. Links von dem Kontexte des Wechsels finden sich dann, vertikal über die Wechselurkunde geschrieben, die Worte: „als Wechselbürge für 385 fl. haften J. den 22. Januar 1872 Johann

Georg Frasch von J." sowie noch ein weiterer theilweise unleserlicher Name. Als auf Grund dessen Joh. Georg Frasch von dem Trassanten J. B. Mayer auf Bezahlung der Wechselsumme in Anspruch genommen wurde, bestritt derselbe seine Verbindlichkeit, weil aus dem Wechsel nicht entnommen werden könne, für wen er sich verbürgt habe. Von dem Kreisgerichte wurde die Einrede verworfen, da der Inhalt des Wechsels genügenden Beweis dafür liefere, daß der Beklagte sich für den Acceptanten Wieland habe verbürgen wollen, welcher zur Zeit der Bürgschaftsleistung der einzige Verpflichtete gewesen und überdieß in der Folge, abgesehen von dem Bürgen, kein weiterer Verpflichteter hinzugekommen sei, auch der Beklagte selbst nicht zu behaupten gewagt habe, daß eine Verbürgung zu Gunsten des Klägers für den Fall einer Weiterbegebung des Wechsels beabsichtigt gewesen sei.

Das Landesoberhandelsgericht, an welches die Sache im Wege der Nichtigkeitsklage gelangte, war anderer Ansicht, indem dasselbe besagte Einwendung als gegründet erkannt und demgemäß die Klage abgewiesen hat. In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt:

Indem das Kreisgericht den Beweis, daß der Beklagte sich für den Acceptanten Wieland habe verbürgen wollen, durch den Inhalt des Wechsels um deßwillen als geführt angenommen hat, weil Wieland zur Zeit der Bürgschaftsleistung der einzige Verpflichtete gewesen und auch in der Folge kein weiterer Verpflichteter hinzugetreten sei, ist das Kreisgericht davon ausgegangen, daß die wechselmäßige Haftung einer Person, welche als Bürge sich auf dem Wechsel unterzeichnet hat, ohne Rücksicht auf die Beziehung der Unterschrift derselben zu der Wechselerklärung eines anderen Wechselverpflichteten schon dann begründet sei, wenn die Absicht, sich für einen anderen Wechselverpflichteten zu verbürgen, überhaupt irgendwie aus dem Inhalte der Wechselurkunde sich entnehmen lasse.

Diese Auffassung verstößt gegen die Vorschrift des Art. 81 der Wechselordnung, beziehungsweise enthält sie eine unrichtige Auslegung dieses Artikels. Letzterer bestimmt nämlich die Form, in welcher Derjenige, welcher sich als Bürge auf dem Wechsel unterzeichnet, seine Unterschrift auf diesen zu setzen hat, um wechselmäßig verpflichtet zu werden. Diese Form besteht darin, daß der Bürge den Wechsel, die Wechselkopie, das Accept oder das Indossament mit unterzeichnet. Daß nun unter der Mitunterzeichnung des Wechses und der Wechselkopie nicht überhaupt die Unterzeichnung dieser beiden Urkunden ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe in Bezug zu einer anderen Wechselerklärung auf den Wechsel gebracht wird, verstanden werden kann, ergibt der ganze Zusammenhang der Worte jenes Gesetzesartikels. Denn es wird hier eines Theils die Mitunterzeichnung des Wechsels und der Wechselkopie neben der des Acceptes und des Indossamentes aufgeführt, anderntheils die Mitunterzeichnung des Wechsels, der Wechselkopie, des Acceptes oder des Indossamentes in Eine Linie mit der Unterschrift des Ausstellers, des Acceptanten und des Indossanten des Wechsels gestellt. Dies zeigt aber ganz klar, daß das Gesetz unter der Mitunterzeichnung des Wechsels und der Wechselkopie eben die Mitunterzeichnung der Wechselerklärung des Ausstellers auf dem Wechsel oder der Wechselkopie begreift, wie denn auch sprachlich von einer „Mitunterzeichnung" ohne Beziehung auf eine andere Unterschrift nicht die Rede sein kann.

Aus dem Bemerkten geht hervor, daß nach dem Art. 81 der deutschen Wechselordnung die Unterschrift des Wechselbürgen zu einer andern Wechselerklärung auf dem Wechsel, sei es des Ausstellers oder des Acceptanten oder des Indossanten entweder in einer solchen örtlichen Beziehung stehen muß, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß der Wechselbürge die Folgen jener Wechselerklärung übernehmen will, oder aber daß der Unterschrift des Wechselbürgen ein deren Beziehung zu einer anderen Wechsel-

erklärung ausdrückender Zusatz beizufügen ist [1]. Daß in vorliegendem Falle die eine oder andere dieser beiden Voraussetzungen bei der Unterschrift des als Wechselbürgen belangten Beklagten zutreffe, hat aber der vorige Richter nicht festgestellt. Das angefochtene Urtheil läßt sich auch nicht um deßwillen aufrecht erhalten, weil die nach Art. 81 der Wechselordnung erforderliche Beziehung der Unterschrift zu der Wechselerklärung des Acceptanten in Wirklichkeit als bewiesen anzusehen war. Denn dieser Beweis kann nur durch die Wechselurkunde selbst geführt werden, weil eine wechselmäßige Verbindlichkeit nur dann und insoweit existirt, als solche in der Wechselurkunde ausgedrückt ist [2]. Nach dem Inhalt der Wechselurkunde aber ist die, ohne einen die Beziehung zu einer anderen Wechselerklärung ausdrückenden Zusatz, vertikal über den Wechsel geschriebene Unterschrift des Beklagten ihrer Stellung nach durchaus nicht mit Nothwendigkeit auf die Wechselerklärung des Acceptanten zu beziehen. Denn auch der Aussteller des Wechsels übernimmt für den Fall, daß er denselben weiter begibt, gegenüber seinen Nachmännern eine wechselmäßige Verbindlichkeit und es kann daher die Wechselbürgschaft des Beklagten nach der örtlichen Stellung der Unterschrift desselben ebensowohl für jene eventuelle Verpflichtung des Ausstellers eingegangen worden sein. Die Behauptung des Klägers aber, daß Derjenige, welcher sich als Wechselbürge unterzeichne, in der Regel für sämmtliche Personen die auf dem Wechsel stehen, sich verpflichte, ist nach der oben angegebenen Auslegung des Art. 81 der Wechselordnung unrichtig.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 13. August 1873 in der Nichtigkeitsklagsache Frasch c. Mayer.**

59) Wechselverjährung; Statutenkollision.

Nach den Grundsätzen, welche von den inländischen

---

[1] Württ. Archiv Bd. XV, S. 197 ff.

[2] Württ. Archiv a. a. O. S. 198.

höheren Gerichten [1] in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung einer Mehrzahl anderer höherer Gerichte [2] befolgt worden ist, ist das Recht des Erfüllungsortes, also in vorliegendem Falle, wo als Ort der Erfüllung der Wechselverbindlichkeit des nicht in diesseitigem Unterthanenverbande stehenden Beklagten London bestimmt ist, das englische Recht über die Wechselverjährung in Anwendung zu bringen.

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 9. Dezember 1871 in der Berufungssache Hausmeister c. Hummel und Cie.**

## Prozeß.

### 60) Von den Voraussetzungen der Majorisirung.

Eine wesentliche Voraussetzung der Majorisirung bildet die Nachweisung der Insolvenz des Schuldners mittelst Aufnahme eines vollständigen Vermögensinventars und zwar wird der Regel nach die Aufnahme eines öffentlichen Inventars erfordert, da ein Privatinventar nicht leicht zu Herstellung des erforderlichen Beweises genügen wird [1]. Ohne Aufnahme des Inventars kann der Richter weder die Frage des Vorhandenseins der Insolvenz prüfen, noch vermag er die Angemessenheit des projektirten Vergleiches zu beurtheilen, während derselbe auf Majorisirung nur erkennen kann, wenn der Vergleich zum gemeinsamen Nutzen der Gläubiger je nach ihrer Stellung im Gante gereicht und weder für die Gesammtheit der Gläubiger, noch für die Einzelnen nach ihrer Stellung im Gante nachtheilig ist. Im vorliegenden Falle liegt aber gar kein Vermögensinventar, sondern nur eine ganz summarische

---

[1] Württ. Archiv Bd. II, S. 507; Bd. III, S. 177; Bd. XIV, S. 341.

[2] Vrgl. Borchardt, Wechselordnung, 5. Aufl., S. 357; Seuffert, Archiv Bd. XIV, Nro. 108.

[1] Württ. Archiv Bd. III, Seite 23—25, vrgl. S. 16 18; Sarwey, Monatschrift Bd. IV, S. 46, 47; Bd. VI, S. 157, vrgl. Bd. IX, S. 279, 282; Fecht, Konkursverfahren S. 52; Entscheidung des Obertribunals vom 11. Oktober 1856 in Sachen Christ c. Schöll.

Uebersicht des Aktiv- und Passivstandes des Schuldners vor, so daß es schon nach dieser Richtung an einer wesentlichen Voraussetzung der Majorisirung gebricht.

Es kommt aber weiter in Betracht, daß die Majorisirung zwar auch bei Vergleichen außerhalb des Konkurses Platz greift, dieselbe jedoch voraussetzt, daß der Vergleich unter richterlicher Mitwirkung zu Stande gekommen ist[2].

**Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichtes vom 15. Juni 1872 in der Berufungssache Baumann und Schmidt c. Starker und Pobuda.**

## Mittheilung aus der sonstigen Praxis.

### Beweis gegen den Inhalt der Wechselprotesturkunde.

Zu Begründung einer Wechselregreßklage war geltend gemacht worden, daß der am 30. Juli 1870 verfallene Wechsel am 1. August 1870, also rechtzeitig protestirt worden sei. Die vorgelegte Protesturkunde trug jedoch das Datum des 1. Juli 1870, wogegen in dem der Protesturkunde beigedruckten Stempel des Wechselnotariats das Datum 1/8. 70, also das Datum des 1. August, eingefügt war, auch das letzte Giro des Wechsels das Datum vom 20. Juli und die der Protesturkunde einverleibte Wechselabschrift auch jenes Giro enthielt. Klägerischer Seits wurde daher geltend gemacht, daß das Datum des 1. Juli 1870 in der Protesturkunde auf einem offenbaren Schreibfehler beruhe, wofür sich auch noch auf das Notariatsprotokoll bezogen wurde, in welchem der Protest als am 1. August erhoben eingetragen war.

Das Bezirksgericht, bei welchem die Klage erhoben war, wies jedoch durch Urtheil vom 7. September 1870 die Klage ab, indem dasselbe davon ausging, es sei zwar nicht unwahrscheinlich, daß die Zeitangabe des 1. Juli

[2] Sarwey, Monatschrift Bd. XI, S. 252; württ. Archiv Bd. III, S. 210–214, 223; Fecht, Konkursverfahren S. 53, 54, 181; Seuffert, Archiv Bd. XXII, S. 296; Bd. I, Nro. 150.

in der Protesturkunde auf blosem Schreibfehler beruhe und 1. August heißen sollte, allein aus der Protesturkunde selbst lasse sich dieß nicht erweisen, denn aus der Verfallzeit und dem Datum des letzten Giro des in der Protesturkunde kopirten Wechsels ergebe sich nur, daß am 1. Juli von einem Proteste nicht habe die Rede sein können, es beweisen aber diese Umstände nicht die Aufnahme des Protestes am 1. August und das Datum in dem Wechselstempel könne den Beweis auch nicht herstellen, weil mit dieser blosen Randnotiz der Text der Urkunde selbst im Widerspruch stehe. Daß aber die Fehlerhaftigkeit der Protesturkunde nicht durch andere Beweismittel ersetzt werden könne, namentlich nicht durch das Protestregister des Notars, sei ein anerkannter Rechtssatz.

Die gegen dieses Urtheil erhobene Nichtigkeitsklage ist durch Urtheil der Civilkammer des Kreisgerichtshofes in Ulm als Handelsgerichtes vom 8. März 1871 als ungegründet verworfen worden, da der Satz, daß die Fehlerhaftigkeit einer Protesturkunde nicht durch andere Beweismittel außerhalb derselben ergänzt werden könne, im Rechte begründet sei, indem nach Art. 88 Ziff. 4 der Wechselordnung der Protest die Angabe des Kalendertages, Monats und Jahres enthalten müsse, an welchem die Aufforderung zur Zahlung geschehen sei, hiedurch aber andere Beweismittel für die Zeit der Erhebung der Protestes außerhalb der Protesturkunde ausgeschlossen seien. Es sei daher eine Beweisfrage, ob die vorliegende Protesturkunde den Beweis der Erhebung des Protestes am 1. August enthalte und wenn der vorige Richter bei der Verneinung sich auch geirrt hätte, so wäre sein Erkenntniß darum nicht nichtig.

Man wird diese Entscheidung als richtig anerkennen müssen, denn die Protesturkunde ist, wenn auch nicht ein strenger Formalakt, so doch ein Solennitätsakt[1] in dem

[1] Vergl. gegen die Auffassung des Protestes als Formalakt, wie sie namentlich die ältere preußische Praxis festhielt, L. Wächter, im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. VII, S. 233—236; Hartmann,

Sinne, daß nur durch den eigenen Inhalt der Originalprotesturkunde, in dem Zustande, in welchem sie ausgehändigt worden, die Existenz eines ordnungsmäßigen, rechtsgiltigen Protestes nachgewiesen werden kann, die Protesturkunde somit das ausschließliche Beweismittel für die Wahrung der Bedingungen des Wechselregresses bildet und eine Ergänzung oder Berichtigung der mangelhaften Protesturkunde durch anderweitige Beweismittel unzulässig ist, wie denn auch diese Ansicht als die herrschende zu betrachten sein wird [2]. Ebenso wird man der kreisgerichtlichen Entschei-

Wechselrecht S. 391; Hoffmann, Erl. d. W.-O. S. 612; O. Wächter, Wechselrecht S. 387; Entsch. des Obertribunals zu Berlin vom 14. Juni 1864 im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. XV, S. 86, 87; Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart vom 15. Febr. 1867 im württ. Archiv Bd. X, S. 93; Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes vom 28. Febr. 1873 in d. Entsch. Bd. VIII, S. 91.

[2] Gegen die Zuläßigkeit der Ergänzung und Berichtigung einer mangelhaften Protesturkunde durch andere Beweismittel haben sich ausgesprochen: Haimerl, Wechselrecht S. 258—260; Hoffmann, Erl. der Wechselordnung S. 612; Hartmann, Wechselrecht S. 391 zu Note 6 und 8; O. Wächter, Wechselrecht S. 388; Renaud, Wechselrecht S. 110; Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin vom 22. November 1853, 11. April 1854 und 21. März 1857 in Seuffert's Archiv Bd. IX, Nr. 64, Bd. XIII, Nr. 120 und im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. IV, S. 174 ff., Bd. VII, S. 201; Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 15. Februar 1867 im württ. Archiv Bd. X, S. 93 und Löhr, Centralorgan N. F. Bd. III, S. 421; Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes vom 28. Febr. 1873 in dessen Entscheidungen Bd. VIII, S. 91, 92. Nur in dem Falle wird eine Ergänzung und Berichtigung der mangelhaften Protesturkunde aus dem Protestregister zugelassen, wenn die Protesturkunde auf Grund dieses Registers ausgefertigt ist und das Protestregister sich somit als das Original darstellt. Thöl, Wechselrecht, 2. Aufl., §. 225, zu Note 5, S. 287; L. Wächter im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. VII, S. 239—242; Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichtes vom 28. Febr. 1873 in dessen Entsch. Bd. VIII, S. 92. Weiter geht eine Entscheidung des Handelsappellationsgerichtes Nürnberg vom 29. Dez. 1871 in Hauser's Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Bd. I, S. 285, welche den Gegenbeweis gegen den Inhalt einer Notariatsurkunde unbeschränkt zuläßt, mit welcher Ansicht

dung beipflichten müssen, wenn sie, von dieser Ansicht ausgehend, in dem Ausspruch des Bezirksgerichtes, daß durch die Protesturkunde die rechtzeitige Protestaufnahme vom 1. August nicht erwiesen sei, die Entscheidung einer Beweisfrage findet, deren Prüfung dem Kassationsrichter entzogen ist[3]. Dagegen aber ist die bezirksgerichtliche Entscheidung der Beweisfrage zu beanstanden. Denn wenn man beachtet, daß das Datum des letzten Wechselgiro, wie solches in der der Protesturkunde einverleibten Wechselabschrift enthalten ist, die Möglichkeit ausschließt, daß der Wechselprotest am 1. Juli aufgenommen worden, und hiegegen auch der spätere Verfalltag des Wechsels spricht, daß ferner der auf die Protesturkunde aufgedrückte Stempel des Wechsels das Datum des 1. August ausweist und bei der für die Legalität des Protestaktes streitenden Vermuthung angenommen werden muß, daß dieser Stempel bei Aufnahme der Protesturkunde sofort beigedrückt worden ist, so wird man als durch den Inhalt der Protesturkunde selbst erwiesen erachten müssen, daß die Beisetzung des Datum des 1. Juli in der Protesturkunde lediglich auf einem Schreibversehen beruht und der Protest am 1. August, wie der Stempel des Notars es ausweist, aufgenommen worden ist.

---

dieses Gericht aber ziemlich allein steht. Dagegen ist es allgemein anerkannt, daß im Falle des gänzlichen Verlustes der Protesturkunde eine neue Ausfertigung auf Grund des Protestregisters erfolgen kann. Haimerl, a. a. O. S. 259; Thöl, a. a. O. S. 287 zu Note 7 und 8; O. Wächter, a. a. O. S. 388; Hartmann a. a. O. S. 391 zu Note 7; Hoffmann a. a. O. S. 628; Löhr, Centralorgan N. F. Bd. I, S. 644, Bd. II, S. 629.

[3] Vergl. die Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin vom 14. Juni 1864 und 11. Mai 1865 in Löhr, Centralorgan N. F. Bd. II, S. 627; Striethorst, Archiv Bd. LIII, S. 315; Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. XV, S. 86, 87.

# Alphabetisches Sachregister.

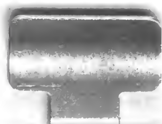
(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

## A.

## F.

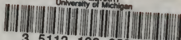
## W.










LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 953 967